



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1996 Vol. 2

1^{er} cahier, 1996 Vol. 2

Cited as [1996] 2 S.C.R. 3-170

Renvoi [1996] 2 R.C.S. 3-170



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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

CONTENTS

Gordon v. Goertz..... 27

Family law — Custody and access — Variation — Change of residence — Mother awarded custody on divorce wishing to move to Australia — Father applying to vary custody — Whether trial and appellate courts erred in permitting child to move to Australia with her mother — Principles governing application for variation of custody or access order linked to change of residence of child by custodial parent — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(5), (9).

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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

SOMMAIRE

Gordon c. Goertz..... 27

Droit de la famille — Garde et accès — Modification — Changement de résidence — Garde accordée à la mère lors du divorce — Mère désirant déménager en Australie — Demande de modification de la garde par le père — Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en permettant que l'enfant déménage en Australie avec la mère? — Principes régissant une requête en modification de l'ordonnance de garde ou d'accès liée au changement de résidence de l'enfant par le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)..... 3

Civil rights — Discrimination — *Bona fide* occupation qualification — Collective agreement more stringent than legislation with respect to discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62, s. 10(1).

Labour law — Collective agreements — Human rights legislation — Discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code.

Judicial review — Standards of review — Patently unreasonable or correctness standards — Collective agreement more stringent than provincial human rights code — Arbitration board deciding that agreement's definition of discrimination must be the same as the Code's — Whether the patently unreasonable standard should apply or the correctness standard in review of Board's decision.

R. v. Labonté 167

Criminal law — Trial — Charge to jury — Trial judge giving inadequate instructions concerning complicity as alternative basis for accused's guilt — Court of Appeal ordering new trial on robbery charge — Court of Appeal's judgment upheld.

R. v. Mara Properties Ltd..... 161

Income Tax — Non-capital loss — Company disposing of trading asset acquired from subsidiary — Whether property retained character as inventory.

R. v. Rarru 165

Criminal law — Trial — Charge to jury — Sexual offences — Accused charged with twelve counts involving six complainants — Trial judge's instructions inadequate — Convictions set aside and new trial ordered.

R. v. Royer 169

Criminal law — Defences — Intoxication — Charge to jury — Alleged failure to relate effects of intoxication to common sense inference not occasioning miscarriage of justice.

Evidence — Witnesses — Reexamination — Any error resulting from reexamination not occasioning miscarriage of justice.

R. v. Wright..... 163

Criminal law — Evidence — Sexual assault — Trial judge erring in relying on contents of complainant's diary as corroboration of her testimony since diary had not been introduced into evidence — Court of Appeal not erring in applying

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

parent gardien — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(5), (9).

Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)..... 3

Libertés publiques — Discrimination — Exigence professionnelle normale — Convention collective plus stricte que la loi en ce qui concerne la discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne? — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, ch. 62, art. 10(1).

Droit du travail — Conventions collectives — Lois sur les droits de la personne — Discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne?

Contrôle judiciaire — Normes de contrôle — Norme du caractère manifestement déraisonnable ou norme de la décision correcte — Convention collective plus stricte que le code provincial des droits de la personne — Décision du conseil d'arbitrage que la définition de discrimination dans la convention collective doit être la même que dans le Code — Le contrôle judiciaire de la décision du conseil devrait-il être exercé selon la norme du caractère manifestement déraisonnable ou selon celle de la décision correcte?

R. c. Labonté 167

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Directives inadéquates du juge du procès relativement à la complicité comme autre motif de culpabilité de l'accusé — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel relativement au chef d'accusation de vol qualifié — Arrêt de la Cour d'appel confirmé.

R. c. Mara Properties Ltd..... 161

Impôt sur le revenu — Perte autre qu'en capital — Vente par la société d'un actif engagé acquis d'une filiale — Le bien conservait-il sa nature de stock?

R. c. Rarru 165

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Infractions d'ordre sexuel — Accusé inculpé de douze chefs d'accusation concernant six plaignantes — Directives inadéquates du juge du procès — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné.

R. c. Royer 169

Droit criminel — Moyens de défense — Intoxication — Exposé au jury — Aucune erreur judiciaire engendrée par l'omission alléguée d'établir un lien entre les effets de l'intoxication et la déduction conforme au bon sens.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

curative proviso — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

W. (V.) v. S. (D.)..... 108

Family law — Wrongful removal or retention of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken from United States to Quebec by father while mother's motions to modify and enforce her access rights pending in American court — Interim custody of child granted to mother by American court after child's removal to Quebec — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States under Quebec statute on international child abduction — Whether statute applicable to circumstances of case — Concept of custody under Quebec statute and convention on international child abduction — Distinction between rights of custody and rights of access — Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, R.S.Q., c. A-23.01, ss. 2, 3, 4 — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5.

Family law — Rights of custody — Interests of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken from United States to Quebec by father — Interim custody of child later granted to mother by American court — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States — Whether Superior Court had jurisdiction to rule on custody of child under Quebec civil law and to order child's return to United States — Civil Code of Lower Canada, art. 30 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 46.

SOMMAIRE (Fin)

Preuve — Témoins — Réinterrogatoire — Toute erreur pouvant découler du réinterrogatoire n'a pas engendré d'erreur judiciaire.

R. c. Wright..... 163

Droit criminel — Preuve — Agression sexuelle — Erreur commise par le juge du procès en corroborant le témoignage de la plaignante au moyen du contenu de son journal intime non produit en preuve — Cour d'appel ne commettant pas d'erreur en appliquant une disposition réparatrice — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

W. (V.) c. S. (D.)..... 108

Droit de la famille — Déplacement ou non-retour illicite d'un enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain — Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père alors que des requêtes de la mère pour faire modifier et respecter ses droits de visite étaient pendantes devant un tribunal américain — Garde intérimaire de l'enfant accordée à la mère par un tribunal américain après le déplacement de l'enfant au Québec — Père déposant au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis en vertu de la loi québécoise sur l'enlèvement international d'enfants — Cette loi s'applique-t-elle aux circonstances de l'affaire? — Notion de garde au sens de la loi québécoise et de la convention internationale sur l'enlèvement d'enfants — Distinction entre droit de garde et droit de visite — Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, art. 2, 3, 4 — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 5.

Droit de la famille — Droit de garde — Intérêt de l'enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain — Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père — Garde intérimaire de l'enfant subséquemment accordée à la mère par un tribunal américain — Père déposant au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis — La Cour supérieure avait-elle compétence pour se prononcer sur la garde de l'enfant en se fondant sur le droit civil québécois et pour ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis? — Code civil du Bas Canada, art. 30 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46.

Newfoundland Association of Public Employees *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in right of Newfoundland and Newfoundland Hospital and Nursing Home Association, on behalf of Green Bay Health Care Centre *Respondents*

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES v. NEWFOUNDLAND (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE)

File No.: 24525.

1996: February 29; 1996: May 2.

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 NEWFOUNDLAND

Civil rights — Discrimination — Bona fide occupation qualification — Collective agreement more stringent than legislation with respect to discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62, s. 10(1).

Labour law — Collective agreements — Human rights legislation — Discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code.

Judicial review — Standards of review — Patently unreasonable or correctness standards — Collective agreement more stringent than provincial human rights code — Arbitration board deciding that agreement's definition of discrimination must be the same as the Code's — Whether the patently unreasonable standard should apply or the correctness standard in review of Board's decision.

The Green Bay Health Care Centre issued a job posting for a personal care attendant but did not specify that the applicants must be male. The employer, however, had determined that a male would be needed to meet the

Newfoundland Association of Public Employees *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve et la Newfoundland Hospital and Nursing Home Association, au nom du Green Bay Health Care Centre *Intimées*

RÉPERTORIÉ: NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES c. TERRE-NEUVE (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE)

N° du greffe: 24525.

1996: 29 février; 1996: 2 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Libertés publiques — Discrimination — Exigence professionnelle normale — Convention collective plus stricte que la loi en ce qui concerne la discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne? — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, ch. 62, art. 10(1).

Droit du travail — Conventions collectives — Lois sur les droits de la personne — Discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne?

Contrôle judiciaire — Normes de contrôle — Norme du caractère manifestement déraisonnable ou norme de la décision correcte — Convention collective plus stricte que le code provincial des droits de la personne — Décision du conseil d'arbitrage que la définition de discrimination dans la convention collective doit être la même que dans le Code — Le contrôle judiciaire de la décision du conseil devrait-il être exercé selon la norme du caractère manifestement déraisonnable ou selon celle de la décision correcte?

Le Green Bay Health Care Centre a affiché un avis d'emploi pour un poste de préposé aux soins personnels, sans préciser que le poste était réservé aux candidats masculins. L'employeur avait toutefois déterminé qu'il

staffing requirement as the position involved intimate personal care of elderly male residents. The Newfoundland *Human Rights Code, 1988* provided that discrimination could be excused for a *bona fide* occupational qualification (BFOQ). The collective agreement, however, provided that there should be no discrimination in hiring by reason of sex and that union members were entitled to be hired ahead of external candidates. A female union member's application was rejected in favour of a male applicant who was not a member of the bargaining unit. An arbitration board decided that the employer, notwithstanding the collective agreement, was entitled to rely on a BFOQ to excuse the discrimination in hiring. This decision was reversed on judicial review. The Court of Appeal restored the decision of the Board. At issue were whether the parties could contract out of the Code, whether the collective agreement must be read in harmony with the Code, and whether the parties had bound themselves to the application of the Code. Underlying these issues was the standard of judicial review which governs on the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. A court should not interfere with a labour arbitration board's interpretation of a collective agreement unless that decision is patently unreasonable. When a tribunal interprets and applies questions of general law, however, its decision is reviewable on a standard of correctness.

The posting of a position merely sets out the technical requirements for application and cannot be the basis for demonstrating either that the parties contracted out of the Code or that the employer is estopped from relying on the BFOQ provision. Not mentioning the requirement that the applicant be male in the job posting did not preclude putting the requirement forward as a BFOQ.

The matter was not necessarily a contracting out situation even though it was dealt with on that assumption. Contracting out of human rights legislation is not permitted because, if it were, those without bargaining power might be coerced or forced to give up their rights under human rights legislation. No conflict existed with

serait nécessaire d'embaucher un homme pour combler le besoin en dotation, étant donné que le candidat reçu serait appelé à dispenser des soins personnels intimes aux pensionnaires âgés de sexe masculin. Le *Human Rights Code, 1988* de Terre-Neuve prévoyait que la discrimination pouvait être justifiée par une exigence professionnelle normale (EPN). Cependant, la convention collective interdisait toute discrimination fondée sur le sexe en matière d'embauche et prévoyait que les membres du syndicat auraient priorité d'embauche sur les candidats de l'extérieur. La candidature d'une femme membre du syndicat a été rejetée au profit d'un candidat masculin qui n'était pas membre de l'unité de négociation. Un conseil d'arbitrage a décidé que l'employeur avait, en dépit de la convention collective, le droit d'invoquer l'existence d'une EPN pour justifier la discrimination dans l'embauche. Cette décision a été infirmée lors d'un contrôle judiciaire. La Cour d'appel a rétabli la décision du conseil. Il s'agit, en l'espèce, de savoir si les parties pouvaient se soustraire par contrat à l'application du Code, si la convention collective doit être interprétée de manière compatible avec le Code et si les parties s'étaient engagées à appliquer le Code? À leur tour, ces questions soulèvent celle de la norme de contrôle judiciaire à appliquer en l'espèce.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major. Les tribunaux ne devraient modifier la décision qu'un conseil d'arbitrage a prise relativement à l'interprétation d'une convention collective, que si cette décision est manifestement déraisonnable. Cependant, lorsqu'un tribunal administratif interprète des questions de droit général et se prononce sur celles-ci, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle suivant la norme de la décision correcte.

L'avis d'emploi ne fait qu'énoncer les exigences techniques des candidatures et ne peut servir à démontrer que les parties se sont soustraites par contrat à l'application du Code ou que l'employeur ne peut invoquer la disposition relative à l'EPN. Le fait de ne pas avoir mentionné, dans l'avis d'emploi, l'exigence que les candidats soient des hommes n'empêchait pas de la présenter comme une EPN.

Il ne s'agissait pas nécessairement d'une situation où on a tenté de se soustraire à quelque chose par contrat, même si l'affaire a été examinée en tenant pour acquis qu'on était en présence d'une telle situation. Il n'est pas permis de se soustraire par contrat à l'application des lois sur les droits de la personne car, si cela était permis,

any of the provisions of the human rights legislation. The collective agreement did not affect any remedy under the Code and dealt only with remedies available by way of grievance.

Human rights legislation sets out a floor beneath which the parties cannot contract out. Parties can contract out of human rights legislation if the effect is to raise and further protect the human rights of the people affected. Here, the parties were entitled to contract out of the BFOQ provision contained in s. 10(1) of the Code. The contract could prevent the employer from discriminating in the employment process where a BFOQ might plainly exist. This conclusion has no effect on the rights of third parties.

The court will not interfere with a board's interpretation of a collective agreement unless that interpretation is patently unreasonable. The Board's decision that parties could not contract out of the BFOQ provision of the Code was wrong. It was not patently unreasonable, however, as the Board considered the relevant collective agreement provision and jurisprudence in its deliberations. Moreover, using the Code's definition of discrimination, which incorporated the concept of BFOQ, as the province's prevailing definition could reasonably result in a decision that the parties did not intend to further alter that definition when they added protection against discrimination based on union membership.

Per L'Heureux-Dubé J.: Parties to an employment contract or collective agreement may negotiate a non-discrimination clause conferring greater protection than the minimum guaranteed by human rights legislation. The ability to do so could not possibly offend the general policy behind human rights legislation. In particular, parties may freely negotiate a clause that prohibits all discrimination and need not allow an exception for a *bona fide* occupational qualification (BFOQ).

The term "contracting out" was misapplied here. The parties were not "contracting out" of the Code so long as the collective agreement did not purport either to

les parties qui n'ont aucun pouvoir de négociation risqueraient d'être contraintes ou forcées de renoncer aux droits que ces lois leur confèrent. Il n'y avait aucun conflit avec l'une ou l'autre des dispositions de la loi sur les droits de la personne. La convention collective ne modifiait pas une réparation prévue au Code et ne traitait que des réparations qu'il est possible d'obtenir par voie de grief.

Les lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat. Elles pourront le faire si, de ce fait, elles accroissent et protègent davantage les droits de la personne des gens concernés. Les parties en l'espèce pouvaient se soustraire par contrat à l'application de la disposition relative à l'EPN, contenue au par. 10(1) du Code. Le contrat pouvait empêcher l'employeur de faire preuve de discrimination dans le processus de recrutement lorsqu'une EPN pouvait manifestement exister. Cette conclusion n'a aucune incidence sur les droits des tiers.

Lorsqu'un conseil d'arbitrage interprète une convention collective, les tribunaux ne modifieront son interprétation que si elle est manifestement déraisonnable. Le conseil a eu tort de décider que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN. Toutefois, la décision du conseil n'était pas manifestement déraisonnable étant donné qu'en délibérant il a pris en considération la disposition de la convention collective et la jurisprudence pertinentes. De plus, le fait d'utiliser, comme définition applicable dans la province, la définition de la discrimination contenue dans le Code, qui incorpore la notion d'EPN, pourrait raisonnablement mener à la décision que les parties n'ont pas voulu s'écarter davantage de cette définition quand elles ont ajouté la protection contre la discrimination fondée sur l'adhésion au syndicat.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les parties à un contrat de travail ou à une convention collective peuvent négocier une clause de non-discrimination qui confère une protection plus grande que le minimum garanti par les lois sur les droits de la personne. La faculté de le faire ne saurait enfreindre la politique générale qui sous-tend les lois sur les droits de la personne. Plus particulièrement, les parties peuvent négocier librement une clause qui interdit toute discrimination, sans être obligées de permettre une exception relative à des exigences professionnelles normales (EPN).

L'expression «se soustraire par contrat» a été mal utilisée en l'espèce. Les parties ne se sont pas «soustraites par contrat» à l'application du Code, dans la mesure où

authorize discrimination or to affect the remedies which are available under the Code in proceedings before the human rights commission. The collective agreement left intact all remedies available under the Code and added remedies by means of the grievance procedure in the event of discrimination on the part of the employer.

The Board erred in holding that parties are not permitted to negotiate a non-discrimination clause that does not provide for a BFOQ defence. Moreover, while an arbitration board may refer to a human rights statute for guidance when interpreting an analogous provision of a collective agreement, the Board did not do so here. Rather, the Board found that the contractual non-discrimination clause must be read as incorporating a BFOQ because any other interpretation would amount to "contracting out" of the Code. The Board made no finding on the crucial issue of whether the parties actually wished to incorporate a BFOQ provision; it merely deemed the parties to have intended to include such a provision.

As this appeal arose out of an application for judicial review, the remedies sought by the appellant were discretionary. Given that almost eight years had passed since the Board convened, that the collective agreement has long expired, and that the Board would almost certainly dismiss the grievance if it were sent back, the normal course of sending the grievance back for redetermination would serve no purpose. The appeal accordingly should be dismissed.

Cases Cited

By Major J.

Considered: *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **referred to:** *Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board*, [1991] 2 S.C.R. 201; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Insurance Corporation of British Columbia v.*

la convention collective n'avait pas pour but d'autoriser la discrimination ni de modifier les recours qui, en vertu du Code, peuvent être exercés devant la commission des droits de la personne. La convention collective ne touchait aucunement les recours qui peuvent être exercés en vertu du Code, et elle ajoutait des réparations qui pourraient être obtenues, au moyen de la procédure de grief, dans le cas où il y aurait discrimination de la part de l'employeur.

Le conseil a commis une erreur en statuant qu'il n'est pas loisible aux parties de négocier une clause de non-discrimination qui ne prévoit pas qu'une EPN peut être invoquée comme moyen de défense. En outre, bien qu'un conseil d'arbitrage puisse s'inspirer d'une loi sur les droits de la personne pour interpréter une disposition analogue dans une convention collective, ce n'est pas ce que le conseil a fait en l'espèce. Au contraire, le conseil a conclu que la clause contractuelle de non-discrimination devait être interprétée comme incorporant une EPN, parce que toute autre interprétation reviendrait à «se soustraire par contrat» à l'application du Code. Le conseil n'a tiré aucune conclusion sur la question cruciale de savoir si les parties avaient vraiment voulu incorporer une disposition relative à l'EPN; il a simplement tenu pour acquis que les parties avaient voulu inclure une telle disposition.

Étant donné que le présent pourvoi résulte d'une demande de contrôle judiciaire, les réparations demandées par l'appelante sont discrétionnaires. Étant donné que presque huit années se sont écoulées depuis la séance du conseil, que la convention collective est expirée depuis longtemps et qu'il est presque certain que le conseil rejeterait le grief s'il lui était renvoyé, il ne servirait à rien de procéder de façon normale en renvoyant le grief pour qu'il fasse l'objet d'une nouvelle décision. Il y a donc lieu de rejeter le pourvoi.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts examinés: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **arrêts mentionnés:** *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board*, [1991] 2 R.C.S. 201; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Insurance Corporation*

Heerspink, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103.

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **distinguished:** *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; **referred to:** *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078, rev'd [1973] F.C. 745, rev'd *sub nom. P.P. G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. v. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061; *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545.

Statutes and Regulations Cited

Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62, s. 10(1).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, 389 A.P.R. 271, 119 D.L.R. (4th) 604, 95 C.L.L.C. ¶230-001, allowing an appeal from a judgment of Puddester J. (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201, 255 A.P.R. 201, allowing an application for judicial review of a decision of the Newfoundland Arbitration Board (1989), 14 C.L.A.S. 10, 6 L.A.C. (4th) 81, and remitting the matter back to the Board. Appeal dismissed.

V. Randell J. Earle, Q.C., and *Thomas Johnson*, for the appellant.

Augustus G. Lilly, for the respondents.

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

of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt examiné: *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **distinction d'avec l'arrêt:** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; **arrêts mentionnés:** *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078, inf. par [1973] C.F. 745, inf. par *sub nom. P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. c. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061; *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545.

Lois et règlements cités

Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, ch. 62, art. 10(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, 389 A.P.R. 271, 119 D.L.R. (4th) 604, 95 C.L.L.C. ¶230-001, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Puddester (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201, 255 A.P.R. 201, qui avait accueilli une demande de contrôle judiciaire d'une décision du conseil d'arbitrage terre-neuvien (1989), 14 C.L.A.S. 10, 6 L.A.C. (4th) 81, et renvoyé l'affaire devant le conseil. Pourvoi rejeté.

V. Randell J. Earle, c.r., et *Thomas Johnson*, pour l'appelante.

Augustus G. Lilly, pour les intimées.

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

¹ MAJOR J. — The issue in this appeal is whether the respondent employer may rely on the *bona fide* occupational qualification (“BFOQ”) provision in the Newfoundland *Human Rights Code, 1988*, S.N. 1988, c. 62, to discriminate on the basis of sex, in hiring employees to care for elderly male patients. The collective agreement between the parties contained a no-discrimination provision without reference to BFOQs.

I. Background

² The respondent operated the Green Bay Health Care Centre, which included, among other facilities, a nursing home. On November 12, 1987 the respondent issued a job posting for the position of personal care attendant. Prior to issuing the posting the respondent had determined that its staffing need would be best met by hiring a male, as the position required intimate personal care of elderly male residents of the nursing home. The position when posted did not specify that applicants must be male. The respondent was aware of the BFOQ provision in the Code.

³ Rose Howe, an employee of the Green Bay Health Care Centre, and a member of the bargaining unit represented by the appellant, applied for the position. Under the terms of the collective agreement she was entitled to be hired ahead of external candidates.

⁴ The respondent rejected Ms. Howe’s application because she was a female. The successful male candidate was not a member of the bargaining unit.

⁵ Ms. Howe filed a grievance before a board of arbitration claiming that the respondent had discriminated against her on the basis of sex, contrary

LE JUGE MAJOR — En l’espèce, il s’agit de déterminer si, dans le recrutement de préposés aux soins de patients âgés de sexe masculin, l’employeur intimé peut invoquer la disposition relative à l’exigence professionnelle normale («EPN»), contenue dans le *Human Rights Code, 1988* de Terre-Neuve, S.N. 1988, ch. 62, pour justifier un acte discriminatoire fondé sur le sexe. La convention collective qui liait les parties contenait une clause de non-discrimination, sans renvoi aux EPN.

I. Le contexte

L’intimé exploitait le Green Bay Health Care Centre dont les installations comptaient, notamment, un centre d’hébergement. Le 12 novembre 1987, l’intimé a affiché un avis d’emploi pour un poste de préposé aux soins personnels. Avant d’afficher l’avis, l’intimé avait déterminé que ses besoins en dotation seraient mieux comblés s’il embauchait un homme, puisque le candidat reçu serait appelé à dispenser des soins personnels intimes aux pensionnaires âgés de sexe masculin qui séjournent au centre d’hébergement. L’avis d’emploi affiché ne précisait pas que le poste était réservé aux candidats masculins. L’intimé connaissait l’existence de la disposition relative à l’EPN dans le Code.

Rose Howe, employée du Green Bay Health Care Centre et membre de l’unité de négociation représentée par l’appelante, a posé sa candidature au poste. Selon la convention collective, elle avait priorité d’embauche sur les candidats de l’extérieur.

L’intimé a écarté la candidature de M^{me} Howe parce qu’elle était une femme. Le candidat reçu, un homme, n’était pas membre de l’unité de négociation.

Madame Howe a déposé un grief devant un conseil d’arbitrage, faisant valoir que l’intimé avait fait preuve, envers elle, de discrimination fondée

to art. 4.01 of the Collective Agreement, which provides:

4.01 Employer Shall Not Discriminate

The Employer agrees that there shall be no discrimination with respect to any employee in the matter of hiring, wage rates, training, upgrading, promotion, transfer, lay-off, recall, discipline, classification, discharge, assignment of work, or otherwise by reason of age, race, creed, color, national origin, political or religious affiliation, sex, or marital status, nor by reason of his/her membership or activity in the Association.

The collective agreement does not have a BFOQ provision.

The respondent, in reply to the grievance, argued that notwithstanding art. 4.01, it was entitled to rely on s. 10(1) of the Code and employ a male personal care attendant because the need for such an employee in the circumstances of this case was a BFOQ. Section 10(1) states:

10. (1) No employer, or person acting on behalf of an employer, shall refuse to employ or to continue to employ or otherwise discriminate against a person in regard to employment or a term or condition of employment because of

- (a) that person's race, religion, religious creed, political opinion, colour or ethnic, national or social origin, sex, marital status, physical disability or mental disability; or
- (b) subject to subsection (5), that person's age, if that person has attained the age of nineteen years and has not attained the age of sixty-five years,

but this subsection does not apply to the expression of a limitation, specification or preference based on a *bona fide* occupational qualification.

The arbitration board (the "Board"), (1989), 6 L.A.C. (4th) 81, agreed with the respondent that it was entitled to rely on the existence of a BFOQ to

sur le sexe, contrairement à l'art. 4.01 de la convention collective, qui se lit ainsi:

[TRADUCTION]

4.01 Discrimination interdite de la part de l'employeur

L'employeur convient de ne faire preuve d'aucune discrimination à l'égard d'un employé en matière notamment de recrutement, de taux de rémunération, de formation, d'avancement temporaire, de promotion, de mutation, de mise en disponibilité, de rappel, de discipline, de classification, de congédiement, d'assignation des tâches, du fait de son âge, de sa race, de ses croyances, de sa couleur, de son origine ethnique, de son appartenance politique ou religieuse, de son sexe, ou de son état matrimonial, ou encore en raison de son adhésion à l'Association ou de ses activités au sein de celle-ci.

La convention collective ne renferme aucune disposition en matière d'EPN.

En réponse au grief, l'intimé a soutenu que, malgré l'art. 4.01, il pouvait invoquer le par. 10(1) du Code et recruter un préposé aux soins personnels de sexe masculin parce que la nécessité d'embaucher un tel employé dans les circonstances était une EPN. Le paragraphe 10(1) prévoit:

[TRADUCTION] 10. (1) Nul employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit refuser d'employer ou de continuer à employer une personne ni de quelque autre manière faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

- a) en raison de la race, de la religion, des croyances religieuses, des opinions politiques, de la couleur, de l'origine ethnique, nationale ou sociale, du sexe, de l'état matrimonial, d'une déficience physique ou mentale de cette personne;
- b) sous réserve du paragraphe (5), en raison de l'âge de cette personne, si elle est âgée d'au moins dix-neuf ans et d'au plus soixante-quatre ans.

Le présent paragraphe ne s'applique pas, cependant, à une restriction, spécification ou préférence fondées sur une exigence professionnelle normale.

Le conseil d'arbitrage (le «conseil»), (1989), 6 L.A.C. (4th) 81, a donné raison à l'intimé en affirmant qu'il avait le droit d'invoquer l'existence

excuse the discrimination in the hiring in question. The Board concluded at p. 116:

In summary, the board finds (1) that the parties cannot contract out of the *Human Rights Code, 1988*; (2) that the collective agreement must be read in conjunction with the Code; (3) that the employer has the burden of proving that a BOQ existed in this case; (4) that the employer has discharged its burden by meeting the subjective and objective tests in these circumstances; (5) that the employer's selection of a male for the third position on the male rota was based on a *bona fide* occupational qualification pursuant to s. 10 of the *Human Rights Code, 1988*.

8 The decision of the Board was reversed by Puddester J., of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, on judicial review: (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201. He held that the Board erred in deciding that the parties could not contract out of the BFOQ provision of the Code. The Newfoundland Court of Appeal (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, in turn reversed Puddester J. and restored the decision of the Board, Cameron J.A. dissenting.

II. Analysis

9 By considering only applications from males, the respondent *prima facie* discriminated against females and *prima facie* violated art. 4.01. The question is whether the Board's decision, that such discrimination was not prohibited by the collective agreement, should stand.

10 The duties of the employee here included assisting in the personal hygiene of elderly male patients and it was not disputed that for the purposes of this appeal a BFOQ existed.

11 The dispute centred on the Board's finding that the parties could not contract out of the Code, that the collective agreement must be read in harmony with the Code, and that the parties had (at p. 108) "bound themselves to the application of the

d'une EPN pour justifier la discrimination dans l'embauche en question. Le conseil conclut, à la p. 116:

[TRADUCTION] Bref, le conseil tire les conclusions suivantes: (1) les parties ne peuvent se soustraire par contrat à l'application du *Human Rights Code, 1988*; (2) la convention collective doit être interprétée conjointement avec le Code; (3) il incombe à l'employeur d'établir qu'une EPN existait en l'espèce; (4) l'employeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait en satisfaisant aux critères subjectif et objectif dans les circonstances; (5) le choix par l'employeur d'un homme pour occuper le troisième poste du tableau de garde des hommes reposait sur une exigence professionnelle normale, conformément à l'art. 10 du *Human Rights Code, 1988*.

La décision du conseil a été infirmée par le juge Puddester de la section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve dans le cadre d'un contrôle judiciaire: (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201. Celui-ci a conclu que le conseil avait commis une erreur en décidant que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN. La Cour d'appel de Terre-Neuve, (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, a, à son tour, infirmé la décision du juge Puddester et rétabli celle du conseil, le juge Cameron étant dissident.

II. Analyse

En ne retenant que les candidatures d'hommes, l'intimé a, à première vue, fait preuve de discrimination envers les femmes et violé l'art. 4.01. Il s'agit de savoir s'il y a lieu de maintenir la décision du conseil, selon laquelle cette discrimination n'était pas interdite par la convention collective.

Les tâches de l'employé, en l'espèce, consistaient notamment à aider les personnes âgées de sexe masculin à faire leur toilette, et on ne conteste pas qu'aux fins du présent pourvoi une EPN existait.

Le conflit était axé sur la conclusion du conseil que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application du Code, que la convention collective doit être interprétée de manière compatible avec le Code et que les parties s'étaient (à la

Human Rights Code, 1988". These findings raise the issue of what standard of judicial review governs on the appeal.

A. Standard of Review

The Board was a tribunal established by agreement of the parties under art. 12 of the collective agreement. Its decisions are protected by the privative clause in art. 12.04. It is a generally accepted principle that a decision of a properly constituted labour arbitration board in the interpretation of a collective agreement should not be interfered with by a court unless it is patently unreasonable. See *Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board*, [1991] 2 S.C.R. 201. However, when such a tribunal interprets and applies questions of general law, such as application of the Code, the Board's decision is reviewable on a standard of correctness. See *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

Patent unreasonableness was described by Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at p. 420:

[Patently unreasonable refers to an error in] interpretation of a provision which an administrative tribunal is required to apply within the limits of its jurisdiction. This kind of error amounts to a fraud on the law or a deliberate refusal to comply with it. As Dickson J. (as he then was) described it, speaking for the whole Court in *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227 at p. 237, it is

... so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review ...

An error of this kind is treated as an act which is done arbitrarily or in bad faith and is contrary to the principles of natural justice.

p. 108) [TRADUCTION] «engagées à appliquer le *Human Rights Code, 1988*». Ces conclusions soulèvent la question de savoir quelle norme de contrôle judiciaire s'applique en l'espèce.

A. La norme de contrôle

Le conseil est un tribunal administratif établi par consentement des parties aux termes de l'art. 12 de la convention collective. Ses décisions sont protégées par la clause privative de l'art. 12.04. Il est généralement accepté que les tribunaux ne devraient modifier la décision qu'un conseil d'arbitrage régulièrement constitué a prise relativement à l'interprétation d'une convention collective, que si cette décision est manifestement déraisonnable. Voir *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board*, [1991] 2 R.C.S. 201. Cependant, lorsqu'un tel tribunal administratif interprète des questions de droit général, comme l'application du Code, et se prononce sur celles-ci, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle suivant la norme de la décision correcte. Voir *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

Dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la p. 420, le juge Beetz décrit ainsi le caractère manifestement déraisonnable:

[Le caractère manifestement déraisonnable tient à l'erreur commise dans l']interprétation [...] d'une disposition qu'un tribunal administratif est chargé d'appliquer dans les cadres de sa compétence. Cette sorte d'erreur équivaut à une fraude à la loi ou à un refus délibéré d'y obéir. Comme l'a décrite le juge Dickson — il n'était pas encore Juge en chef — parlant pour toute la Cour dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 à la p. 237, elle est

... déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire ...

Une erreur de cette nature est assimilée à un acte arbitraire ou posé de mauvaise foi et contraire aux principes de la justice naturelle.

12

13

In considering the Board's interpretation of the collective agreement, the Court should not interfere unless the decision cannot be rationally supported by the collective agreement. The focus will be on whether a rational basis for the Board's decision exists.

Dans son examen de l'interprétation que le conseil a donnée à la convention collective, la cour ne devrait intervenir que si la décision ne peut pas rationnellement s'appuyer sur la convention collective. Il s'agira donc de savoir si la décision du conseil est rationnellement justifiée.

14 In the present appeal, both the "patently unreasonable" and the "correctness" standards of review are involved. The Board interpreted the collective agreement and the Code. If the Board was incorrect but not patently unreasonable in all of its findings, the Court can only interfere on the "correctness" standard with those portions of the decision that as questions of law interpret the Code.

En l'espèce, les normes de contrôle du « caractère manifestement déraisonnable » et de « la décision correcte » s'appliquent toutes deux. Le conseil a interprété la convention collective et le Code. Si toutes les conclusions tirées par le conseil étaient incorrectes sans toutefois être manifestement déraisonnables, la cour ne pourrait modifier, selon la norme de « la décision correcte », que les parties de la décision qui, en tant que questions de droit, portent sur l'interprétation du Code.

B. Contracting out of BFOQ Provisions

B. Le pouvoir de se soustraire par contrat à l'application des dispositions relatives à l'EPN

15 The Board found that parties could not "contract out" of the BFOQ provision of the Code. In doing so, the Board interpreted the Code and its interpretation must be correct; with respect, I do not think that it is.

Le conseil a conclu que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN. Ce faisant, le conseil a interprété le Code, et son interprétation doit être correcte. En toute déférence, je ne crois pas que ce soit le cas.

16 An initial point to consider is the argument that, since the job posting made no mention of the requirement that the applicant be male, the respondent is precluded from putting the requirement forward as a BFOQ. In my opinion, this argument fails. The posting of the position merely sets out the technical requirements for application and cannot be the basis to demonstrate that either the parties contracted out of the Code or that the employer is estopped from relying on the BFOQ provision.

Un des premiers points à examiner est l'argument voulant que, puisque l'avis d'emploi ne mentionnait pas l'exigence que les candidats soient des hommes, l'intimé ne puisse la présenter comme une EPN. À mon avis, cet argument échoue. L'avis d'emploi ne fait qu'énoncer les exigences techniques des candidatures et ne peut servir à démontrer que les parties se sont soustraites par contrat à l'application du Code ou que l'employeur ne peut invoquer la disposition relative à l'EPN.

17 In reaching its decision, the Board relied on *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, where a provision of a collective agreement required mandatory retirement at age sixty. This was directly contrary to *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318,

Pour arriver à sa décision, le conseil a invoqué l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, dans lequel une disposition d'une convention collective prescrivait la retraite obligatoire à soixante ans. Comme cette clause allait directement à l'encontre de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, par. 4(6), la Cour a conclu à son

s. 4(6), and the Court held that such a provision was invalid. At pp. 213-14, McIntyre J. stated:

Although the Code contains no explicit restriction on such contracting out, it is nevertheless a public statute and it constitutes public policy in Ontario as appears from a reading of the Statute itself and as declared in the preamble. It is clear from the authorities, both in Canada and in England, that parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enactments and that contracts having such effect are void, as contrary to public policy . . . *The Ontario Human Rights Code* has been enacted by the Legislature of the Province of Ontario for the benefit of the community at large and of its individual members and clearly falls within that category of enactment which may not be waived or varied by private contract; therefore this argument cannot receive effect.

In *Etobicoke*, the parties were attempting to contract for less protection against discrimination than was guaranteed by the statute. See *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, and *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145. However, in this appeal it was argued that parties cannot contract out of the legislation even in those cases where the result would be more protection for the individual.

On one view of the matter, it is not a question of contracting out. The collective agreement does not purport to affect any remedy under the Code nor does either party seek to set up a provision in the collective agreement in respect of such a remedy. The collective agreement deals only with what remedies are available by way of grievance. In this regard, there is no conflict with any of the provisions of the human rights legislation. The situation in *Etobicoke* was quite different in that the employer sought to rely on the collective agreement to affect the remedy sought under *The Ontario Human Rights Code*. The argument before this Court, however, proceeded on the basis of an alleged attempt to contract out. The Board also proceeded on this basis. I will, therefore, deal with the matter on the assumption that it is a contracting out situation. It should be noted that this issue is of minor importance here as I conclude that the

invalidité. Aux pages 213 et 214, le juge McIntyre affirme:

Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public. [. . .] La législature de l'Ontario a adopté *The Ontario Human Rights Code* dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité et de chacun de ses membres, et il est évident que cette loi tombe dans la catégorie des lois auxquelles on ne peut renoncer ou qu'on ne peut modifier par contrat privé; par conséquent, cet argument ne peut être admis.

Dans l'affaire *Etobicoke*, les parties tentaient de prescrire par contrat une moins grande protection contre la discrimination que celle garantie par la loi en cause. Voir *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, et *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145. Toutefois, on a soutenu, en l'espèce, que les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat à l'application de la loi même dans les cas où la protection de la personne s'en trouverait accrue.

À un certain égard, le pouvoir de se soustraire par contrat à l'application du Code n'est pas en cause. La convention collective ne vise pas à modifier une réparation prévue au Code, et ni l'une ni l'autre des parties ne cherche à invoquer une disposition de la convention collective relativement à une telle réparation. La convention collective ne traite que des réparations qu'il est possible d'obtenir par voie de grief. À cet égard, il n'y a aucun conflit avec l'une ou l'autre des dispositions de la loi sur les droits de la personne. La situation dans *Etobicoke* était entièrement différente du fait que l'employeur cherchait à invoquer la convention collective pour modifier la réparation demandée en vertu de *The Ontario Human Rights Code*. Devant nous, cependant, l'argumentation était fondée sur une allégation de tentative de se soustraire à quelque chose par contrat. Le conseil a également procédé en fonction de cela. Je vais donc

18

19

collective agreement is in fact consistent with the Code.

examiner la question en tenant pour acquis qu'il s'agit d'une situation où l'on a tenté de se soustraire à quelque chose par contrat. Notons que cette question revêt peu d'importance en l'espèce puisque je conclus que la convention collective est effectivement compatible avec le Code.

20 The rationale for the rule against contracting out of human rights legislation is in part because of its quasi-constitutional status. In *Craton*, McIntyre J. described human rights legislation, at p. 156:

La raison d'être de la règle qui interdit de se soustraire par contrat à l'application des lois sur les droits de la personne s'explique en partie par leur statut quasi constitutionnel. À la page 156 de l'arrêt *Craton*, le juge McIntyre décrit ainsi les lois sur les droits de la personne:

In any event, I am in agreement with Monnin C.J.M. where he said:

Quoi qu'il en soit, je partage l'avis du juge en chef Monnin lorsqu'il dit:

Human rights legislation is public and fundamental law of general application. If there is a conflict between this fundamental law and other specific legislation, unless an exception is created, the human rights legislation must govern.

[TRADUCTION] Une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale. S'il y a conflit entre cette loi fondamentale et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée, la loi sur les droits de la personne doit prévaloir.

This is in accordance with the views expressed by Lamer J. [as he then was] in [*Heerspink*, *supra*]. Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement. To adopt and apply any theory of implied repeal by later statutory enactment to legislation of this kind would be to rob it of its special nature and give scant protection to the rights it proclaims.

Cela est conforme au point de vue exprimé par le juge Lamer [maintenant Juge en chef] dans l'arrêt [*Heerspink*, précité]. Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaldrait à la dépouiller de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame.

21 Human rights legislation frequently deals with situations where the parties may not possess equal bargaining power. By prohibiting the ability to contract out of the statute, the courts have prevented the exploitation of inequality of bargaining power. If contracting out were allowed, those without bargaining power might be coerced or forced to give up their rights under human rights legislation.

Il arrive souvent que les lois sur les droits de la personne portent sur des situations où il se peut que les parties n'aient pas le même pouvoir de négociation. En interdisant de se soustraire par contrat à l'application de la loi, les tribunaux ont empêché l'exploitation de l'inégalité du pouvoir de négociation. S'il était permis aux parties de se soustraire par contrat à l'application d'une loi, celles qui n'ont aucun pouvoir de négociation risqueraient d'être contraintes ou forcées de renoncer aux droits que leur confèrent les lois sur les droits de la personne.

The overriding purpose of human rights legislation is the elimination of discrimination. In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, McIntyre J. said, at p. 547, “[t]he Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious.” In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, Dickson C.J. noted, at p. 1134, that the legislation seeks to “prevent all ‘discriminatory practices’”, and cited with approval at p. 1138 the following passage from *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717 (Sask. C.A.), at p. 735:

Generally human rights legislation has been given a broad interpretation to ensure that the stated objects and purposes are fulfilled. A narrow restrictive interpretation which would defeat the purpose of the legislation, that is, the elimination of discrimination, should be avoided.

If the purpose of human rights legislation is prevention of discrimination, it seems obvious that parties should be able to negotiate increased protection against discrimination than that provided by the legislation. The ability to do so could not possibly offend the general policy behind human rights legislation.

This Court has commented, at least obliquely, on the characterization of BFOQ provisions, and in doing so has described them as a mere exemption or defence. See McIntyre J. (dissenting, but not on this point) in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 175-76:

It should be noted as well that when the Human Rights Acts create exemptions or defences, such as a *bona fide* occupational requirement, an exemption for religious and political organizations, or definitional limits on age discrimination, these generally have the effect of completely removing the conduct complained of from the reach of the Act. [Emphasis added.]

Les lois sur les droits de la personne visent d’abord et avant tout à éliminer la discrimination. Dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, le juge McIntyre affirme, à la p. 547, que «[l]e Code vise la suppression de la discrimination. C’est là l’évidence.» Dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson fait remarquer, à la p. 1134, que la Loi cherche à «interdire «les considérations» fondées notamment sur le sexe», et, à la p. 1138, il cite, en l’approuvant, le passage suivant de l’arrêt *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717 (C.A. Sask.), à la p. 735:

[TRADUCTION] En général, la législation sur les droits de la personne a reçu une interprétation large afin d’assurer que ses objectifs déclarés soient atteints. Une interprétation restrictive contraire à l’objet de la législation, qui est d’éliminer la discrimination, devrait être évitée.

Si les lois sur les droits de la personne visent à empêcher la discrimination, il semble évident que les parties devraient pouvoir négocier une plus grande protection contre la discrimination que celle offerte par la loi. La faculté de le faire ne saurait enfreindre la politique générale qui sous-tend les lois sur les droits de la personne.

Notre Cour a commenté, à tout le moins indirectement, la qualification des dispositions relatives à l’EPN et a, du même coup, qualifié ces dispositions de simples exemptions ou moyens de défense. Voir le juge McIntyre (dissident sur un autre point) dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 175 et 176:

Il convient également de souligner que, lorsque des lois sur les droits de la personne créent des exemptions ou des moyens de défense, comme l’exigence professionnelle normale, une exemption relative à des organisations religieuses ou politiques, ou des limites définitionnelles applicables à la discrimination fondée sur l’âge, cela a généralement pour effet de soustraire complètement à l’application de la loi la conduite dont ont se plaint. [Je souligne.]

22

23

24

25 In *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, Cory J., for the majority, said at p. 1121:

The right against discrimination provided in human rights statutes will be subject to any defence provided by those same statutes to those who discriminate. However, as McIntyre J. recognized in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, a defence which allows discrimination to continue stands as an exception to the rule of non-discrimination. In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, this Court held that while rights should receive a broad interpretation, defences to the exercise of those rights should be interpreted narrowly. [Emphasis added.]

26 Human rights legislation sets out a floor beneath which the parties cannot contract out. Parties can contract out of human rights legislation if the effect is to raise and further protect the human rights of the people affected. In my opinion, the parties to this appeal were entitled to contract out of the BFOQ provision contained in s. 10(1) of the Code. The contract could prevent the employer from discriminating in the employment process where a BFOQ might plainly exist. This conclusion has no effect on the rights of third parties. Those rights, if any, are deferred to another day.

27 Here, the respondent employer is not prohibited from discriminating against women where a BFOQ of "maleness" exists. However, the respondent is free to agree not to discriminate against women in spite of this fact. If it does so, it should be bound by the agreement.

28 Support in this construction of the effect of the BFOQ provision is found in the numerous statements of this Court that human rights legislation should be interpreted broadly in protecting against discrimination and narrowly in restricting such protection. See *Simpsons-Sears Ltd.*, *Dickason*, and *Canadian National Railway Co.* These

Dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, le juge Cory affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 1121:

Le droit à la protection contre la discrimination prévu par les lois sur les droits de la personne est assujéti aux moyens de défense que ces mêmes lois accordent aux auteurs de discrimination. Toutefois, comme l'a reconnu le juge McIntyre dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, un moyen de défense qui permet à la discrimination de se poursuivre constitue une exception à la règle de non-discrimination. Dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, notre Cour a conclu que, bien que les droits doivent recevoir une interprétation large, les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive. [Je souligne.]

Les lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat. Elles pourront le faire si, de ce fait, elles accroissent et protègent davantage les droits de la personne des gens concernés. À mon avis, les parties en l'espèce pouvaient se soustraire par contrat à l'application de la disposition relative à l'EPN, contenue au par. 10(1) du Code. Le contrat pouvait empêcher l'employeur de faire preuve de discrimination dans le processus de recrutement lorsqu'une EPN pouvait manifestement exister. Cette conclusion n'a aucune incidence sur les droits des tiers. L'examen de ces droits, s'il en est, est reporté à une autre occasion.

En l'espèce, il n'est pas interdit à l'employeur intimé de faire preuve de discrimination envers les femmes lorsqu'il existe une EPN d'embauche de personnes du sexe masculin. Cependant, l'intimé est, malgré cela, libre de convenir de ne faire preuve d'aucune discrimination envers les femmes. Le cas échéant, il devrait être lié par la convention.

Cette interprétation de l'incidence de l'EPN trouve appui dans les nombreux énoncés où notre Cour affirme que les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation large lorsqu'il s'agit de protéger contre la discrimination, et restrictive lorsqu'il s'agit de restreindre cette protection. Voir les arrêts *Simpsons-Sears*

statements support the notion that protection against discrimination is the overriding policy concern of human rights legislation. Discrimination permitted under BFOQ provisions and other exceptions is a derogation of the right, and not a right unto itself.

The Board was incorrect in its opinion that parties cannot contract out of the BFOQ provision of the Code, as was the majority in the Court of Appeal in upholding that portion of the Board's decision. It remains to determine whether the parties contracted out of s. 10(1), and if not, whether the Board was patently unreasonable in its determination that the collective agreement was to be read in harmony with the Code, and that the parties bound themselves to the BFOQ provision of the Code.

C. Construction of the Collective Agreement

As stated, when an arbitration board interprets a collective agreement the court will not interfere with the decision unless it is patently unreasonable.

In interpreting the collective agreement in this case, the Board held that the parties had bound themselves to the Code and said at p. 108:

Indeed, the board is of the opinion that the parties have clearly and unequivocally bound themselves to the application of the *Human Rights Code, 1988* by the first sentence of art. 31.01 of the collective agreement:

All provisions of this Agreement are subject to applicable laws now or hereafter in effect . . .

This statement confirms that the Board found that the parties intended to incorporate the BFOQ provision into the definition of discrimination found in the collective agreement.

The Board relied on art. 31.01 and on *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District*

Ltd., Dickason, et Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. Ces énoncés appuient l'idée que la protection contre la discrimination est la question d'intérêt supérieur qui sous-tend les lois sur les droits de la personne. La discrimination permise aux termes d'une EPN et d'autres exceptions est une dérogation au droit et non un droit en soi.

Le conseil a eu tort de croire que les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN, tout comme les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de maintenir cette partie de la décision du conseil. Il reste à déterminer si les parties se sont soustraites par contrat à l'application du par. 10(1) et, dans la négative, si le conseil a agi de façon manifestement déraisonnable en décidant que la convention collective devait être interprétée de manière compatible avec le Code et que les parties s'étaient engagées à appliquer la disposition du Code relative à l'EPN.

C. Interprétation de la convention collective

Comme nous l'avons vu, lorsqu'un conseil d'arbitrage interprète une convention collective, les tribunaux ne modifieront sa décision que si elle est manifestement déraisonnable.

En interprétant la convention collective en l'espèce, le conseil a conclu que les parties s'étaient engagées à appliquer le Code, et a affirmé (à la p. 108):

[TRADUCTION] En fait, le conseil est d'avis que les parties se sont clairement et manifestement engagées à appliquer le *Human Rights Code, 1988* dans la première phrase de l'art. 31.01 de la convention collective:

Toutes les dispositions de la présente convention sont assujetties aux lois qui sont actuellement en vigueur ou qui le seront ultérieurement . . .

Cet énoncé confirme que le conseil a conclu que les parties ont voulu incorporer la disposition relative à l'EPN dans la définition de discrimination contenue dans la convention collective.

Le conseil s'est fondé sur l'art. 31.01 et sur la décision *Re Sunnyside Home for the Aged and*

29

30

31

32

Service Workers' Union, Local 220 (1985), 21 L.A.C. (3d) 85, where the facts are strikingly similar to the present appeal. In that case a male nursing attendant employed at the Sunnyside Home for the Aged alleged that his employer had discriminated against him on the basis of sex.

London & District Service Workers' Union, Local 220 (1985), 21 L.A.C. (3d) 85, où les faits présentent une ressemblance frappante avec ceux du présent pourvoi. Dans cette affaire, un infirmier du Sunnyside Home for the Aged alléguait que son employeur avait fait preuve, envers lui, de discrimination fondée sur le sexe.

33 The Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 contained a BFOQ provision similar in effect to the provision in the present appeal. The collective agreement between the grievor's union and the employer contained a prohibition against discrimination which is almost identical to that in the present appeal. The provision (quoted at p. 86) stated:

Le *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, contenait une disposition relative à l'EPN qui avait une incidence semblable à celle de la disposition visée en l'espèce. La convention collective conclue entre l'employeur et le syndicat de l'auteur du grief comportait une interdiction de faire preuve de discrimination quasi identique à celle dont il est question dans le présent pourvoi. La disposition en cause (citée à la p. 86) se lisait ainsi.

2.04 *The Employer and the Union agree that there will be no discrimination, interference, restriction or coercion exercised or practiced by the Employer or by the Union or by any of their representatives with respect to any employees by reason of race, colour, age, sex, marital status, national origin, political or religious affiliation, nor by reason of his membership or non-membership in the Union which is hereby recognized as a voluntary act on the part of the individual concerned.* [Emphasis in original.]

[TRADUCTION]

2.04 *L'employeur et le syndicat conviennent qu'aucun employé ne fera l'objet de discrimination, d'une entrave, d'une restriction ou de coercition de leur part, ou de la part d'un de leurs représentants, du fait de sa race, de sa couleur, de son âge, de son sexe, de son état matrimonial, de son origine ethnique, de son appartenance politique ou religieuse, ou en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion au syndicat qui est reconnue, par les présentes, comme un acte volontaire de la part de l'employé concerné.* [En italique dans l'original.]

34 The *Sunnyside* arbitration board held, at p. 94, that "the parties intended the 'no discrimination' clause in their agreement to incorporate the general and well understood meaning of discrimination established by the *Human Rights Code, 1981*." At p. 95 the arbitration board made the following ruling, upon which the Board in the present case relied:

Dans l'affaire *Sunnyside*, le conseil arbitral a conclu, à la p. 94, que [TRADUCTION] «les parties ont voulu que la clause de «non-discrimination» dans leur convention englobe le sens général et bien reconnu de la discrimination établi par le *Code des droits de la personne (1981)*». À la page 95, le conseil d'arbitrage a rendu la décision suivante, sur laquelle le conseil s'est fondé en l'espèce:

[The employer] asserts, more generally, that consistent with the *Human Rights Code, 1981* the parties must be understood as having intended to prohibit unjustifiable discrimination and not simply any and all differences between males and females. We agree. It is our conclusion, then, that the "no discrimination" clause of the collective agreement should be construed consistently and in harmony with the *Human Rights Code, 1981*, and thus understood as prohibiting the [employer] from dis-

[TRADUCTION] [L'employeur] affirme, de manière plus générale, que, conformément au *Code des droits de la personne (1981)*, les parties sont censées avoir voulu interdire la discrimination injustifiable, et non pas simplement toutes et chacune des différences de traitement des hommes et des femmes. Nous sommes de cet avis. Nous concluons donc que la clause de «non-discrimination» de la convention collective devrait être interprétée de manière compatible avec le *Code des droits de la*

criminating against an employee in his employment on the basis of sex where, using the words of s. 23(b) of the *Human Rights Code, 1981*, it is not a “reasonable and bona fide qualification because of the nature of the employment”.

The arbitration board there held that the employer had not established that a BFOQ of “femaleness” existed and the grievance was allowed. It is clear, however, that the arbitration board viewed the parties as having incorporated the BFOQ provision of the Ontario *Human Rights Code, 1981* into their collective agreement. Had a BFOQ existed, the grievance would have failed. This was an interpretation of the collective agreement by an expert tribunal and would have been reviewable only on a standard of patent unreasonableness.

The Board in this appeal felt that the *Sunnyside* case was “on all fours” with the present appeal, except that in the present appeal a BFOQ did exist on the facts. Since the arbitration board in *Sunnyside* held that the parties had intended to incorporate the relevant human rights legislation, including the BFOQ provision, it is clear that the Board interpreted the collective agreement between the appellant and the respondent in the same way.

By relying on art. 31.01 and *Sunnyside*, the Board was interpreting the collective agreement, not “outside” legislation, and thus is entitled to deference. The Board’s method of interpretation, reading the collective agreement in harmony with the Code, was not patently unreasonable. While the Board’s conclusion, that the parties intended to be bound by the BFOQ provision, could be incorrect, it cannot be said that it is patently unreasonable. The reliance on art. 31.01 and *Sunnyside* provide a rational basis for the Board’s decision. This alone is sufficient to uphold the decision of the Board.

personne (1981), et ainsi comme interdisant à [l’employeur] d’agir de façon discriminatoire envers l’employé, dans le cadre de son emploi, du fait de son sexe là où, pour reprendre les termes de l’al. 23b) du *Code des droits de la personne (1981)*, il ne s’agit pas d’une «qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l’emploi».

Le conseil d’arbitrage y a conclu que l’employeur n’avait pas établi qu’une EPN d’embauche de personnes du sexe féminin existait, et le grief a été accueilli. Cependant, il est évident que le conseil d’arbitrage a considéré que les parties avaient inclus, dans leur convention collective, la disposition relative à l’EPN, contenue dans le *Code des droits de la personne (1981)* de l’Ontario. Si une EPN avait existé, le grief aurait échoué. Il s’agissait d’une interprétation de la convention collective par un tribunal expert, qui n’aurait pu faire l’objet d’un contrôle que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

Dans la présente affaire, le conseil a estimé qu’une analogie parfaite pouvait être établie entre l’affaire *Sunnyside* et le présent pourvoi, sauf qu’en l’espèce une EPN existait effectivement d’après les faits. Puisque le conseil d’arbitrage, dans l’affaire *Sunnyside*, a conclu que les parties avaient voulu incorporer les mesures législatives pertinentes sur les droits de la personne, dont une disposition relative à l’EPN, il est évident qu’il a interprété de la même façon la convention collective conclue entre l’appelante et l’intimé.

En se fondant sur l’art. 31.01 et l’affaire *Sunnyside*, le conseil interprétait la convention collective et non pas une loi «extérieure», de sorte qu’il a droit à ce que l’on fasse preuve de retenue à son égard. En choisissant d’interpréter la convention collective d’une manière compatible avec le Code, le conseil n’a pas agi de façon manifestement déraisonnable. Bien que sa conclusion que les parties ont voulu être liées par la disposition relative à l’EPN puisse être erronée, on ne saurait dire qu’elle est manifestement déraisonnable. En se fondant sur l’art. 31.01 et l’affaire *Sunnyside*, le conseil a donné une assise rationnelle à sa décision. Cela est suffisant pour maintenir la décision du conseil.

35

36

37

38

Another way of reaching the conclusion that the parties did not preclude application of the BFOQ to the collective agreement is by examining the definition of discrimination as used in the collective agreement. In determining what the parties meant by prohibiting "discrimination" one must refer to the definition of discrimination which prevails in Newfoundland, namely, that found in the Code. This definition incorporates the concept of BFOQ, pursuant to s. 10(1). Parties may contract for more protection than the "base" of the Code, for the reasons stated above. In this case they did so in adding protection against discrimination based on membership in the union. Without more, however, it cannot be said that the parties intended to alter further the prevailing definition of discrimination from that found in the Code.

III. Conclusion

39

The appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

40

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of my colleague Justice Major, and share his view that parties to an employment contract or collective agreement may negotiate a non-discrimination clause that confers greater protection than the minimum guaranteed by human rights legislation. I also agree that, despite the error of the arbitration board (the "Board") on this point, the appeal should be dismissed. I am unable however, to agree, with my colleague's reasons for dismissing the appeal as they are based, in my opinion, upon a mistaken understanding of the reasons of the Board.

Whether Parties Can Agree Contractually to More Protection from Discrimination than the Minimum Guaranteed by Human Rights Legislation

41

The purpose of the Newfoundland *Human Rights Code, 1988*, S.N. 1988, c. 62, is to prevent and eliminate discrimination. As my colleague

Une autre façon d'en arriver à la conclusion que les parties n'ont pas exclu l'application de l'EPN à la convention collective consiste à examiner la définition de la discrimination utilisée dans la convention collective. Pour déterminer ce que les parties ont voulu faire en interdisant la «discrimination», il faut se référer à la définition qui est donnée à ce terme à Terre-Neuve, notamment celle qui se trouve dans le Code. Cette définition incorpore la notion d'EPN, selon le par. 10(1). Pour les raisons susmentionnées, les parties peuvent par contrat convenir d'une protection plus grande que la protection «de base» prévue dans le Code. En l'espèce, elles l'ont fait en ajoutant la protection contre la discrimination fondée sur l'adhésion au syndicat. Toutefois, on ne saurait dire, sans plus, que les parties ont voulu s'écarter davantage de la définition de la discrimination inscrite dans le Code.

III. Conclusion

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Major et je partage son point de vue selon lequel les parties à un contrat de travail ou à une convention collective peuvent négocier une clause de non-discrimination qui confère une protection plus grande que le minimum garanti par les lois sur les droits de la personne. Je conviens aussi que, malgré l'erreur du conseil d'arbitrage (le «conseil») sur ce point, il y a lieu de rejeter le pourvoi. Toutefois, je ne puis être d'accord avec les raisons que mon collègue invoque pour rejeter le pourvoi, car elles sont fondées, selon moi, sur une interprétation erronée des motifs du conseil.

Les parties peuvent-elles convenir par contrat d'une plus grande protection contre la discrimination que le minimum garanti par les lois sur les droits de la personne?

Le *Human Rights Code, 1988* de Terre-Neuve, S.N. 1988, ch. 62, a pour but de prévenir et d'éliminer la discrimination. Comme mon collègue le

Major J. observes at para. 23, “it seems obvious that parties should be able to negotiate increased protection against discrimination than that provided by the legislation. The ability to do so could not possibly offend the general policy behind human rights legislation.” In particular, parties may freely negotiate a clause that prohibits all discrimination and need not allow an exception for a *bona fide* occupational qualification (BFOQ).

The parties and the courts below refer to the negotiation of such a clause as “contracting out” of the BFOQ provision of the Code. In my opinion, the term is misapplied in this case. The parties have not attempted to “contract out” of the Code as the term was used in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202.

In *Etobicoke*, the employer argued in essence that a human rights board of inquiry should not apply s. 4(6) of *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, because the discriminatory employment qualification had been agreed to by the parties. The employer’s argument, in effect, was that the collective agreement authorized the discrimination and immunized the parties’ relationship from review under *The Ontario Human Rights Code*. The Court rejected the argument on the ground that *The Ontario Human Rights Code* is a public enactment and that (at p. 213) “parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enactments”.

The situation here is quite different. The collective agreement leaves intact all remedies available under the Code in proceedings before the provincial human rights commission. The parties have simply provided that, in addition to those remedies, discrimination by the employer shall give rise to remedies under the collective agreement by means of the grievance procedure. Even assuming that the non-discrimination clause in the collective agreement has a different scope from the Code, I do not see how the parties can be said to be

juge Major le note au par. 23, «il semble évident que les parties devraient pouvoir négocier une plus grande protection contre la discrimination que celle offerte par la loi. La faculté de le faire ne saurait enfreindre la politique générale qui sous-tend les lois sur les droits de la personne.» Plus particulièrement, les parties peuvent négocier librement une clause qui interdit toute discrimination, sans être obligées de permettre une exception relative à des exigences professionnelles normales (EPN).

Pour les parties et les tribunaux d’instance inférieure, la négociation d’une telle clause revient à «se soustraire par contrat» à l’application de la disposition du Code relative à l’EPN. À mon avis, cette expression est mal utilisée en l’espèce. Les parties n’ont pas tenté de «se soustraire par contrat» à l’application du Code, au sens dans lequel cette expression est utilisée dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

Dans l’affaire *Etobicoke*, l’employeur a plaidé essentiellement qu’un commissaire enquêteur sur les droits de la personne ne devrait pas appliquer le par. 4(6) de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, parce que l’exigence professionnelle discriminatoire avait été convenue entre les parties. En fait, l’argument de l’employeur était que la convention collective autorisait la discrimination et soustrayait la relation entre les parties au contrôle prévu par *The Ontario Human Rights Code*. La Cour a rejeté cet argument pour le motif que *The Ontario Human Rights Code* est une loi publique et que (à la p. 213) «les parties n’ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois».

La situation en l’espèce est entièrement différente. La convention collective ne touche aucunement les recours qui, en vertu du Code, peuvent être exercés devant la commission provinciale des droits de la personne. Les parties ont simplement prévu que, outre ces recours, la discrimination de la part de l’employeur donnerait droit d’obtenir réparation en vertu de la convention collective, au moyen de la procédure de grief. Même en présumant que la clause de non-discrimination contenue dans la convention collective a une portée

42

43

44

“contracting out” of the Code, within the meaning of *Etobicoke*, so long as the collective agreement does not purport either to authorize discrimination or to affect the remedies which are available under the Code in proceedings before the human rights commission.

The Board’s Construction of the Collective Agreement

45 Like my colleague Major J., I conclude that the Board erred in holding that parties are not permitted to negotiate a non-discrimination clause that does not provide for a BFOQ defence. This error is not merely incidental to the Board’s decision, but rather constitutes an essential pillar on which the decision rests. Major J. suggests that the Board’s decision can be supported on the basis of its finding that the parties intended to incorporate the BFOQ provision of the Code into their collective agreement. I, however, do not believe that the Board made any such finding.

46 The Board’s analysis ((1989, 6 L.A.C. (4th) 81) begins with a long quotation from pp. 213-14 of this Court’s decision in *Etobicoke*, on the question of whether parties may “contract out” of human rights legislation. The Board, at p. 106, placed emphasis on McIntyre J.’s statement that *The Ontario Human Rights Code* “may not be waived or varied by private contract” and continued at p. 108:

In the board’s view, the court’s decision [in *Etobicoke*] may be read equally persuasively in the context of the dispute before us, and its ruling should apply *mutatis mutandis* to the status of the Newfoundland *Human Rights Code, 1988* in interpreting the parties’ collective agreement. Indeed, the board is of the opinion that the parties have clearly and unequivocally bound themselves to the application of the *Human Rights Code, 1988* by the first sentence of art. 31.01 of the collective agreement:

différente des dispositions du Code, je ne vois pas comment on peut dire que les parties «se soustraient par contrat» à l’application du Code, au sens de l’arrêt *Etobicoke*, dans la mesure où la convention collective n’a pas pour but d’autoriser la discrimination ni de modifier les recours qui, en vertu du Code, peuvent être exercés devant la commission des droits de la personne.

Interprétation de la convention collective par le conseil

À l’instar de mon collègue le juge Major, je conclus que le conseil a commis une erreur en statuant qu’il n’est pas loisible aux parties de négocier une clause de non-discrimination qui ne prévoit pas qu’une EPN peut être invoquée comme moyen de défense. Il s’agit non pas d’une simple erreur sans conséquence dans la décision du conseil, mais, au contraire, de l’un des piliers sur lesquels repose cette décision. Le juge Major laisse entendre que la décision du conseil peut se justifier par sa conclusion que les parties ont voulu incorporer, dans leur convention collective, la disposition du Code relative à l’EPN. Pour ma part, je ne crois pas que le conseil ait tiré une telle conclusion.

L’analyse du conseil ((1989), 6 L.A.C. (4th) 81) débute par une longue citation tirée des pp. 213 et 214 de l’arrêt *Etobicoke* de notre Cour, relativement à la question de savoir si les parties peuvent «se soustraire par contrat» à l’application des lois sur les droits de la personne. Le conseil insiste, à la p. 106, sur l’affirmation du juge McIntyre que *The Ontario Human Rights Code* est une loi à laquelle «on ne peut renoncer ou qu’on ne peut modifier par contrat privé», ajoutant, à la p. 108:

[TRADUCTION] Selon le conseil, l’arrêt [*Etobicoke*] de la cour peut être interprété d’une façon tout aussi convaincante dans le contexte du litige dont nous sommes saisis, et il devrait s’appliquer *mutatis mutandis* à la situation du *Human Rights Code, 1988* de Terre-Neuve quant à l’interprétation de la convention collective des parties. En fait, le conseil est d’avis que les parties se sont clairement et manifestement engagées à appliquer le *Human Rights Code, 1988* dans la première phrase de l’art. 31.01 de la convention collective:

All provisions of this Agreement are subject to applicable laws now or hereafter in effect . . .

Our thinking on this issue is further supported in *Studies in Labour Law* (1983), at p. 127, where the authors write:

The inclusion of no-discrimination clauses in so many collective agreements indicates a consensus not only that human rights principles ought to apply to the collective agreement administration, but that the parties envision a general rule against discrimination throughout the work-place. Given that allegations of discrimination may be enmeshed in disciplinary cases or in collective agreement interpretation, *it is essential that arbitrators maintain a role in such cases to ensure that the collective agreement is preserved and administered within the law*, including human rights legislation. It would be nearly impossible to carve out discrimination issues from the general authority of arbitrators, but we would not in any way recommend any restriction of arbitral authority over the entire range of collective agreement disputes. [Emphasis in original.]

According to Major J., at para. 31, the Board's reference to art. 31.01 of the collective agreement confirms that "the Board found that the parties intended to incorporate the BFOQ provision into the definition of discrimination". With respect, I am unable to discern any such finding in the above passage. In my view, the Board found only that the parties could not "contract out" of the Code, that the collective agreement contained a clause to this effect, and that the Board should not interpret the collective agreement in a manner that would violate the Code.

Immediately following the above-quoted passage, the Board discussed the decision of another arbitration board in *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85. According to Major J. at para. 36, the Board "felt that the *Sunnyside* case was 'on all fours' with the present appeal". My colleague at para. 37 asserts

Toutes les dispositions de la présente convention sont assujetties aux lois qui sont actuellement en vigueur ou qui le seront ultérieurement . . .

Notre réflexion sur cette question s'appuie également sur *Studies in Labour Law* (1983), à la p. 127, où les auteurs écrivent:

L'inclusion de clauses de non-discrimination dans tant de conventions collectives indique l'existence d'un consensus selon lequel non seulement les principes en matière de droits de la personne doivent être suivis dans l'application d'une convention collective, mais aussi que les parties envisagent une règle générale interdisant la discrimination dans les lieux de travail. Étant donné que des allégations de discrimination peuvent se greffer à des contentieux disciplinaires ou à l'interprétation d'une convention collective, *il est essentiel que les arbitres continuent, dans ces circonstances, d'assurer que la convention collective soit protégée et appliquée conformément à la loi*, y compris les lois sur les droits de la personne. Il serait quasi impossible de soustraire les questions de discrimination à la compétence générale des arbitres, mais nous ne recommanderions aucune restriction quelle qu'elle soit au pouvoir des arbitres de se prononcer sur toute la gamme des litiges relatifs à une convention collective. [En italique dans l'original.]

Selon le juge Major, au par. 31, le renvoi par le conseil à l'art. 31.01 de la convention collective confirme que «le conseil a conclu que les parties ont voulu incorporer la disposition relative à l'EPN dans la définition de discrimination». En toute déférence, je suis incapable de déceler une telle conclusion dans le passage précité. À mon avis, le conseil a seulement conclu que les parties ne pouvaient pas «se soustraire par contrat» à l'application du Code, que la convention collective comportait une clause reconnaissant ce fait, et que le conseil ne devrait pas interpréter la convention collective d'une manière contraire au Code.

Immédiatement après le passage précité, le conseil a analysé la décision rendue par un autre conseil d'arbitrage dans l'affaire *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85. Selon le juge Major, au par. 36, le conseil «a estimé qu'une analogie parfaite pouvait être établie entre l'affaire *Sunnyside* et le présent pourvoi».

that the Board, like the board in *Sunnyside*, adopted a valid interpretive method in “reading the collective agreement in harmony with the Code”. With respect, I do not agree with my colleague’s description of the Board’s reasoning. In fact, the Board said at p. 108:

Also in *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers’ Union*, *Loc. 220* . . . the issue was sex discrimination in a nursing home for the aged. The board was almost exactly on point at p. 95:

In the instant matter the home does not seek to import a special or narrow definition for the factor of sex. Instead it asserts, more generally, that consistent with the *Human Rights Code, 1981*, the parties must be understood as having intended to prohibit unjustifiable discrimination and not simply any and all differences between males and females. We agree. It is our conclusion, then, that the “no discrimination” clause of the collective agreement should be construed consistently and in harmony with the *Human Rights Code, 1981*, and thus understood as prohibiting the home from discriminating against an employee in his employment on the basis of sex where, using the words of s. 23(b) of the *Human Rights Code, 1981*, it is not a “reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment”.

Having determined that the parties cannot contract out of the *Human Rights Code, 1988*, we find that the discrimination clauses of the collective agreement — particularly art. 4.01 — are subject to the Code. Since the Code permits an exception to this general rule on discrimination on the basis of sex, we are satisfied that the employer is free to attempt to discharge its burden of proving that such a BOQ existed in these circumstances.

I do not dispute that an arbitration board may refer to a human rights statute for guidance when interpreting the analogous provision of a collective agreement. However, this is not what the Board did in the case at bar when it read the collective agreement “in harmony” with the Code. Rather,

Mon collègue affirme, au par. 37, que, à l’instar du conseil dans l’affaire *Sunnyside*, le conseil a adopté une méthode d’interprétation valide en «choisissant d’interpréter la convention collective d’une manière compatible avec le Code». En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec la façon dont mon collègue décrit le raisonnement du conseil. En fait, le conseil dit, à la p. 108:

[TRADUCTION] De plus, dans l’affaire *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers’ Union*, *Loc. 220* [. . .] il était question de discrimination sexuelle dans un centre d’hébergement pour personnes âgées. La remarque du conseil ne pourrait pas être plus pertinente, à la p. 95:

En l’espèce, le centre ne cherche pas à introduire une définition spéciale ou restrictive du facteur «sexe». Il affirme plutôt, de manière plus générale, que, conformément au *Code des droits de la personne (1981)*, les parties sont censées avoir voulu interdire la discrimination injustifiable, et non pas simplement toutes et chacune des différences de traitement des hommes et des femmes. Nous sommes de cet avis. Nous concluons donc que la clause de «non-discrimination» de la convention collective devrait être interprétée de manière compatible avec le *Code des droits de la personne (1981)*, et ainsi comme interdisant au centre d’agir de façon discriminatoire envers l’employé, dans le cadre de son emploi, du fait de son sexe là où, pour reprendre les termes de l’al. 23b) du *Code des droits de la personne (1981)*, il ne s’agit pas d’une «qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l’emploi».

Après avoir décidé que les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat à l’application du *Human Rights Code, 1988*, nous statuons que les clauses relatives à la discrimination contenues dans la convention collective — notamment l’art. 4.01 — sont assujetties au Code. Étant donné que le Code permet une exception à cette règle générale en matière de discrimination fondée sur le sexe, nous sommes convaincus qu’il est loisible à l’employeur de tenter de s’acquitter de son obligation de prouver qu’une telle EPN existait dans ces circonstances.

Je ne conteste pas qu’un conseil d’arbitrage puisse s’inspirer d’une loi sur les droits de la personne pour interpréter une disposition analogue dans une convention collective. Cependant, ce n’est pas ce que le conseil a fait en l’espèce en interprétant la convention collective «d’une manière compatible»

the Board found that the contractual non-discrimination clause must be read as incorporating a BFOQ because any other interpretation would amount to “contracting out” of the Code.

I have reproduced at length the Board’s observations on these points because they show that the Board made no finding on the crucial issue of whether the parties actually wished to incorporate a BFOQ provision. Major J. relies on the Board’s references to art. 31.01 of the collective agreement and to the *Sunnyside* decision. However, these references appear in the context of the Board’s discussion of whether the parties could “contract out” of the BFOQ. The Board was under the mistaken impression that any attempt to adopt a non-discrimination clause without incorporating a BFOQ would constitute an impermissible attempt to “contract out” of the Code. As a result, it made no finding about the parties’ actual intention. It merely deemed the parties to have intended to include such a provision.

Disposition of the Appeal

As this appeal arises out of an application for judicial review, it is within the discretion of the Court whether to grant the remedies sought by the appellant: see *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078 (T.D.), rev’d [1973] F.C. 745 (C.A.), rev’d *sub nom. P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. v. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061 (Ont. C.A.); *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545 (C.A.), at p. 556. In ordinary circumstances, given the Board’s error, I would have favoured allowing the appeal and sending the matter back to the Board so that it may interpret the collective agreement in accordance with the actual intention of the parties. Given that the interpretation of the collective agreement is within the specialized juris-

avec le Code. Au contraire, le conseil a conclu que la clause contractuelle de non-discrimination devait être interprétée comme incorporant une EPN parce que toute autre interprétation reviendrait à «se soustraire par contrat» à l’application du Code.

J’ai reproduit au long les observations du conseil sur ces points parce qu’elles montrent qu’il n’a tiré aucune conclusion sur la question cruciale de savoir si les parties avaient vraiment voulu incorporer une disposition relative à l’EPN. Le juge Major s’appuie sur le renvoi du conseil à l’art. 31.01 de la convention collective ainsi qu’à la décision *Sunnyside*. Cependant, ces renvois font partie de l’analyse, par le conseil, de la question de savoir si les parties pouvaient «se soustraire par contrat» à l’application de l’EPN. Le conseil croyait à tort que toute tentative d’adopter une clause de non-discrimination, sans incorporer une EPN, constituerait une tentative inacceptable de «se soustraire par contrat» à l’application du Code. Par conséquent, il n’a tiré aucune conclusion quant à l’intention véritable des parties. Il a simplement tenu pour acquis que les parties avaient voulu inclure une telle disposition.

Dispositif

Étant donné que le présent pourvoi résulte d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non les réparations demandées par l’appelante: voir *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078 (1^{re} inst.), inf. par [1973] C.F. 745 (C.A.), inf. par *sub nom. P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. c. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061 (C.A. Ont.); *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545 (C.A.), à la p. 556. Dans des circonstances ordinaires, compte tenu de l’erreur du conseil, j’aurais préféré accueillir le pourvoi et renvoyer l’affaire au conseil pour qu’il puisse interpréter la convention collective en conformité avec l’intention véritable des parties. Étant donné que l’interprétation de la

48

49

diction and expertise of the Board, this Court should not normally be "examining the definition of discrimination as used in the collective agreement" or "determining what the parties meant by prohibiting 'discrimination'" as Major J. suggests at para. 38. However, almost eight years have passed since the Board convened. Assuming that the members of the Board are even available, it is almost certain that the Board will simply hold that the parties did not intend to adopt an absolute ban on discrimination, repeat its finding that a BFOQ existed on these facts, and dismiss the grievance. Moreover, the collective agreement, which was scheduled to expire six years ago, on March 31, 1990, has undoubtedly been renegotiated in whole or in part. In the exceptional circumstances of this case, sending the grievance back for redetermination would serve no purpose and would inflict additional, needless expense on the parties. For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Major J.

convention collective relève de la compétence spécialisée et de l'expertise du conseil, notre Cour ne devrait pas normalement «examiner la définition de la discrimination utilisée dans la convention collective» ou «déterminer ce que les parties ont voulu faire en interdisant la «discrimination»», comme le propose le juge Major, au par. 38. Toutefois, presque huit années se sont écoulées depuis la séance du conseil. Même en supposant que les membres du conseil soient disponibles, il est presque certain que le conseil statuerait simplement que les parties n'ont pas voulu adopter une interdiction totale de toute discrimination, qu'il conclurait de nouveau qu'une EPN existait d'après les faits et qu'il rejeterait le grief. De plus, la convention collective, qui devait expirer il y a six ans, le 31 mars 1990, a sans doute été renégociée en totalité ou en partie. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, renvoyer le grief pour qu'il fasse l'objet d'une nouvelle décision ne servirait à rien et occasionnerait inutilement des dépenses additionnelles aux parties. Pour ces motifs, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Major.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: O'Dea, Earle, St. John's.

Solicitors for the respondents: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, St. John's.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: O'Dea, Earle, St. John's.

Procureurs des intimées: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, St. John's.

Robin James Goertz *Appellant*

v.

Janet Rita Gordon (formerly Janette Rita Goertz) *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) and Children's Lawyer for Ontario *Interveners*

INDEXED AS: GORDON v. GOERTZ

File No.: 24622.

1995: December 6; 1996: May 2.

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

Family law — Custody and access — Variation — Change of residence — Mother awarded custody on divorce wishing to move to Australia — Father applying to vary custody — Whether trial and appellate courts erred in permitting child to move to Australia with her mother — Principles governing application for variation of custody or access order linked to change of residence of child by custodial parent — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Suppl.), s. 17(5), (9).

The parties resided in Saskatoon until their separation in 1990. The mother petitioned for divorce and at trial was granted permanent custody of the young child while the father received generous access. When the father learned that the mother intended to move to Australia to study orthodontics, he applied for custody of the child, or alternatively, an order restraining the mother from moving the child from Saskatoon. The mother cross-applied to vary the access provisions of the custody order to permit her to move the child's residence to Australia. Relying heavily on the divorce judgment and the first judge's finding of fact that the mother was the proper person to have custody of this child, the judge dismissed the father's application and varied the access provisions in the custody order to allow the mother to

Robin James Goertz *Appelant*

c.

Janet Rita Gordon (auparavant Janette Rita Goertz) *Intimée*

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et l'avocat des enfants pour l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: GORDON c. GOERTZ

N° du greffe: 24622.

1995: 6 décembre; 1996: 2 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit de la famille — Garde et accès — Modification — Changement de résidence — Garde accordée à la mère lors du divorce — Mère désirant déménager en Australie — Demande de modification de la garde par le père — Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en permettant que l'enfant déménage en Australie avec la mère? — Principes régissant une requête en modification de l'ordonnance de garde ou d'accès liée au changement de résidence de l'enfant par le parent gardien — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(5), (9).

Les parties résidaient à Saskatoon jusqu'à leur séparation en 1990. La mère a présenté une action en divorce et au procès a obtenu la garde permanente de l'enfant, tandis que le père s'est vu accorder un généreux droit d'accès. Lorsque le père a appris que la mère avait l'intention de déménager en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie, il a demandé la garde de l'enfant ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à la mère d'amener l'enfant à l'extérieur de Saskatoon. La mère a déposé une demande incidente en vue de faire modifier les dispositions de l'ordonnance de garde touchant à l'accès afin qu'elle soit autorisée à faire de l'Australie la résidence de l'enfant. S'appuyant fortement sur le jugement de divorce et sur la conclusion de fait du premier juge portant que c'est à la mère qu'il

move to Australia with the child while granting the father liberal and generous access on one month's notice to be exercised in Australia only. The Court of Appeal upheld that order.

Held: The appeal should be allowed in part.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The parent applying for a change in the custody or access order must meet the threshold requirement of demonstrating a material change in the circumstances affecting the child. For that threshold to be met, the judge must be satisfied of (1) a change in the condition, means, needs or circumstances of the child or in the ability of the parents to meet the needs of the child, (2) which materially affects the child, and (3) which was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated by the judge who made the initial order. An application to vary custody cannot serve as an indirect route of appeal from the initial custody order. The judge must assume the correctness of the initial order and consider only the change in circumstances since the order was issued.

If the threshold is met, the judge on the application must embark on a fresh inquiry into the best interests of the child, having regard to all the relevant circumstances relating to the child's needs and the ability of the respective parents to satisfy them. The focus of the inquiry is not the interests and rights of the parents. Each case turns on its own unique circumstances and the only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case. Section 17(5) of the *Divorce Act* directs that the judge must consider the child's best interests "by reference" to the material change in circumstances. However, the inquiry cannot be confined to that change alone, isolated from the other factors bearing on the child's best interests. The inquiry, which is based on the findings of fact of the judge who made the initial or previous order as well as the evidence of the new circumstances, does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent's views are entitled to great respect. Once the applicant has discharged the burden of showing a material change in circumstances, both parents should bear the evidentiary burden of demonstrating where the best interests of the child lie. In assessing the best interests of the child, the judge should more partic-

convenait de confier la garde de l'enfant, le juge a rejeté la requête du père et modifié les modalités de l'ordonnance relatives au droit d'accès de façon à permettre à la mère de déménager en Australie avec l'enfant, tout en accordant au père, moyennant un avis d'un mois, un droit d'accès souple et généreux dont l'exercice se limitait à l'Australie. La Cour d'appel a maintenu l'ordonnance.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant. Pour satisfaire à cette exigence, le juge doit être convaincu de trois choses: (1) un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou dans la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins; (2) ce changement doit toucher l'enfant de façon importante, et (3) il doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale. La requête en modification de la garde ne peut être un moyen détourné d'en appeler de l'ordonnance de garde initiale. Le juge doit présumer de la justesse de l'ordonnance initiale et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance.

Si cette première étape est franchie, le juge qui entend la requête doit de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes relativement aux besoins de l'enfant et à la capacité de chacun des parents d'y pourvoir. L'accent n'est pas mis sur l'intérêt et les droits des parents. Chaque cas dépend de ses propres circonstances et l'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire. Le paragraphe 17(5) de la *Loi sur le divorce* prescrit que le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant, «défini en fonction» du changement important survenu dans la situation. Il ne peut toutefois confiner son analyse à ce seul changement, indépendamment des autres facteurs qui se rapportent à l'intérêt de l'enfant. Cette analyse, qui repose sur les conclusions tirées par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale ou précédente et sur la preuve de la nouvelle situation, ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect à l'opinion de ce dernier. Une fois que le requérant s'est acquitté de son fardeau de prouver l'existence d'un changement important dans la situation, les deux parents doivent assumer le fardeau de la preuve pour ce qui est d'établir l'intérêt de l'enfant. Dans l'appréciation de l'intérêt de

ularly consider, *inter alia*: (a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent; (b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent; (c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents; (d) the views of the child; (e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child; (f) disruption to the child of a change in custody; and (g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know. The "maximum contact" principle mentioned in ss. 16(10) and 17(9) of the *Divorce Act* is mandatory but not absolute and the judge is only obliged to respect it to the extent that such contact is consistent with the child's best interests. As set out in s. 16(9) of the Act, parental conduct does not enter the analysis unless it relates to the ability of the parent to meet the needs of the child. In the end, the importance of the child's remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new?

Where, as here, the child enjoyed frequent and meaningful contact with the access parent, a move that would seriously curtail that contact suffices to establish the necessary connection between the change and the needs and circumstances of the child. Further, since the terms of the previous order were premised on the child's residence remaining within a reasonable distance of the access parent, the move to Australia would clearly breach this provision. The judge was thus required to embark on a fresh appraisal of the best interests of the child. While he failed to give sufficient weight to all relevant factors, when all these factors are taken into account, the judge was correct in continuing the mother's custody of the child, despite her intended move to Australia. There is no support in the evidence, however, for restricting the father's access to Australia. Access in Canada would have the advantage of making the father's limited time with the child more natural while allowing the child to maintain contact with friends and extended family. Accordingly, the custody order

l'enfant, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants: a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien; b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit; c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents; d) l'opinion de l'enfant; e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où elle a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant; f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde; g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué. S'il est impératif, le principe du «contact maximum» mentionné aux par. 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce*, n'est toutefois pas absolu et le juge n'est obligé de le respecter que dans la mesure où le contact est compatible avec l'intérêt de l'enfant. Comme le prévoit le par. 16(9) de la Loi, la conduite des parents ne fait partie de l'analyse que si elle se rapporte à l'aptitude du parent à pourvoir aux besoins de l'enfant. En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci: quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes?

Lorsque, comme en l'espèce, l'enfant entretenait avec le parent ayant un droit d'accès des contacts fréquents et valables, un déménagement qui restreindrait nettement ce contact suffit à établir le lien nécessaire entre le changement, d'une part, et les besoins et la situation de l'enfant, d'autre part. Par ailleurs, les modalités de l'ordonnance reposaient sur le maintien de la résidence de l'enfant dans un rayon raisonnable de la résidence du parent ayant un droit d'accès. Le déménagement en Australie violant manifestement cette disposition, le juge était tenu d'effectuer une nouvelle analyse de l'intérêt de l'enfant. Bien qu'il n'ait pas accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, si l'on tient compte de tous ces facteurs, le juge a eu raison de laisser la garde de l'enfant à la mère en dépit de son déménagement prévu en Australie. Cependant, rien dans la preuve ne justifie que le droit d'accès du père se limite à l'Australie. Si ce droit était exercé au Canada, les moments que le père passerait avec l'enfant seraient plus naturels et l'enfant pourrait maintenir un contact avec ses amis et sa famille élargie. En conséquence, l'ordonnance de garde devrait être maintenue et

should be upheld and the access order should be varied to provide for access to be exercisable in Canada.

Per Gonthier J.: The reasons of McLachlin J. are agreed with. There is also agreement with L'Heureux-Dubé J.'s explanations of factors pertinent to assessing the best interests of the child that are to be considered, though her views on onus of proof are not shared.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The notion of custody under the *Divorce Act* encompasses the right to choose the child's place of residence. Absent an agreement or a court order restricting the incidents of custody, such as the child's place of residence, it is thus within the custodial parent's powers to decide such a change of residence, subject to the right of the non-custodial parent to oppose such choice by seeking a variation of the custody or access terms under s. 17(5) of the Act. Parental agreements as to any right of the child should be encouraged since parents are generally in a better position to assess the best interests of the child, but these agreements are not binding on courts. Restrictions on the rights of custodial parents should be the exception, not the rule, and such restrictions should not be inferred from generous or specified access provisions without more.

The first consideration in an application for variation of custody or access orders under s. 17(5) of the Act is whether there has been a material change of circumstances in accordance with the guidelines in *Willick*. Once this threshold is reached, the next step is whether the change is such as to trigger a reappraisal of the whole situation of the parties and the children or only necessitates an assessment of the impact of the alleged change or changes on the custody of the child. It is only where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate that an assessment of the whole situation is warranted.

In assessing the merits of a variation application linked to the change of residence of the child by the custodial parent, the following guidelines must inform the courts:

1. All decisions as to custody and access must be made in the best interests of children, assessed from a

l'ordonnance relative au droit d'accès devrait être modifiée pour permettre que ce droit soit exercé au Canada.

Le juge Gonthier: Il y a accord avec les motifs du juge McLachlin. Il y a également accord avec l'explication que fait le juge L'Heureux-Dubé des facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, mais désaccord avec son opinion sur le fardeau de la preuve.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: La notion de garde en vertu de la *Loi sur le divorce* comprend le droit de choisir le lieu de résidence de l'enfant. En l'absence d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire restreignant les attributs de la garde, tel le lieu de résidence de l'enfant, il relève des pouvoirs du parent gardien de décider de ce changement de résidence, sous réserve du droit du parent non gardien de s'opposer à ce choix en demandant une ordonnance modificative des dispositions relatives à la garde ou à l'accès en vertu du par. 17(5) de la Loi. Les ententes conclues entre les parents sur quelque droit qui concerne l'enfant devraient être encouragées puisque les parents sont généralement les mieux placés pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, mais ces ententes ne lient pas les tribunaux. L'imposition de restrictions aux droits des parents gardiens devrait être l'exception et non la règle, et de telles restrictions ne sauraient être imposées uniquement sur la base de dispositions généreuses ou précises en matière d'accès, sans plus.

Dans toute requête en modification d'une ordonnance de garde ou d'accès sous le régime du par. 17(5) de la Loi, il y a d'abord lieu de se demander s'il est survenu un changement important dans la situation, conformément aux directives énoncées dans *Willick*. Une fois cette étape préliminaire franchie, la question est de savoir si le changement est tel qu'il nécessite un réexamen de l'ensemble de la situation des parties et des enfants ou simplement une évaluation de l'effet du ou des changements allégués sur la garde de l'enfant. Ce n'est que lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée qu'il est justifié de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation.

Lorsqu'ils évaluent le fond d'une requête en modification liée au changement de résidence de l'enfant par le parent gardien, les tribunaux doivent se guider sur les principes suivants:

1. Toutes les décisions relatives à la garde et à l'accès doivent être prises dans l'intérêt des enfants, à partir de

child-centred perspective. The *Divorce Act* makes it clear that the best interests of the child are the only consideration to be taken into account in making orders concerning children. The objective of promoting maximum contact with the non-custodial parent, inasmuch as it is consistent with such interests, is an important consideration.

2. In the absence of explicit restrictions on the incidents of custody, such as the child's place of residence, it must be assumed that an existing custody order or agreement reflects the best interests of the child and that the appropriate decision-making authority lies with the custodial parent. The attribution of custody to one parent carries with it the presumption that such parent is the most able to ensure the best interests of the child. Before custody can be entrusted to one of the parents in divorce proceedings, a number of factors play a role in the assessment of the best interests of the child. The desirability of maintaining maximum contact between the child and both parents is an important factor, but the court must also balance such considerations as the child's physical, emotional, social and economic needs in light of the quality of his or her relationship with both parents, their respective ability to look after the child's best interests and, where the child is old and mature enough, his or her wishes and preferences. The assessment of the child's best interests also involves a consideration of the particular role and emotional bonding the child enjoys with his or her primary caregiver. If, after such an inquiry is conducted, or by mutual consent of the parties, a child's custody is entrusted to one of the parents, it necessarily follows that such parent has been found to be best able to ensure the best interests of the child, taking into account all the circumstances of the parties and the child. Given that day-to-day decisions affecting the child are clearly left to the custodial parent, there is no reason not to defer to his or her ability and responsibility to act in the child's best interests when it comes to other decisions, such as the change of residence of the child, which will necessarily take into account the impact of access to the non-custodial parent by the child. In both cases, if the decision constitutes a material change of circumstances, s. 17(5) of the Act allows for a variation inasmuch as such a decision will be found to impact on either the custody of the child or the access by the non-custodial parent.

3. In determining the best interests of the child under s. 17(5), courts must focus on the impact of the change of residence on the existing custody order and the

leur point de vue. La *Loi sur le divorce* précise que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il rend une ordonnance relative aux enfants. L'objectif qui consiste à maximiser le contact avec le parent non gardien, en autant qu'il soit compatible avec cet intérêt, est une considération importante.

2. En l'absence de restrictions explicites aux attributs de la garde, tel le lieu de résidence de l'enfant, il faut présumer que l'ordonnance de garde ou l'entente qui existent déjà servent l'intérêt de l'enfant, et que l'autorité décisionnelle appropriée appartient au parent gardien. L'attribution de la garde à un parent emporte la présomption que ce dernier est le mieux en mesure de protéger l'intérêt de l'enfant. Avant que la garde soit attribuée à l'un des parents dans une action en divorce, plusieurs facteurs jouent un rôle dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. L'opportunité de favoriser un contact maximum entre l'enfant et ses deux parents est un facteur important, mais le tribunal doit aussi pondérer des facteurs comme les besoins physiques, affectifs, sociaux et économiques de l'enfant, à la lumière de la qualité de la relation que celui-ci entretient avec ses deux parents, de la capacité respective de ces derniers de veiller à son intérêt et, si l'enfant est suffisamment âgé et mûr, de son désir et de ses préférences. La détermination de l'intérêt de l'enfant commande également un examen du rôle particulier de la personne qui lui prodigue les soins essentiels et du lien affectif que l'enfant entretient avec elle. Si, après une telle analyse, ou du consentement mutuel des parties, la garde d'un enfant est confiée à l'un d'eux, il s'ensuit nécessairement que ce parent a été jugé le plus apte à assurer l'intérêt de l'enfant, compte tenu de toutes les circonstances des parties et de l'enfant. Étant donné que les décisions quotidiennes qui concernent l'enfant sont manifestement laissées au parent gardien, il n'y a aucune raison de ne pas s'en remettre à sa capacité et à sa responsabilité d'agir dans l'intérêt de l'enfant pour d'autres décisions, tel le changement de résidence de l'enfant, qui devra nécessairement tenir compte de l'impact de l'accès de l'enfant auprès du parent non gardien. Dans les deux cas, si la décision entraîne un changement important dans la situation, le par. 17(5) de la Loi permet une modification dans la mesure où cette décision sera jugée avoir des répercussions soit sur la garde de l'enfant, soit sur l'accès par le parent qui n'a pas la garde.

3. Pour déterminer l'intérêt de l'enfant en vertu du par. 17(5), les tribunaux doivent mettre principalement l'accent sur l'impact du changement de résidence sur

appropriate modifications to access as the case may be, and generally not proceed to a *de novo* appraisal of all the circumstances of the child and the parties, since s. 17(5) of the Act provides that “the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change”. This particular wording is indicative that where the change consists of the proposed relocation of the child by the custodial parent, what must be ascertained is the impact of such relocation on the existing custody order which must be assumed to properly ensure the child’s best interests. The best interests of the child are rightly presumed to lie with the custodial parent.

4. The non-custodial parent bears the onus of showing that the proposed change of residence will be detrimental to the best interests of the child to the extent that custody should be varied or, exceptionally, where there is cogent evidence that the child’s best interests could not in any reasonable way be otherwise accommodated, that the child should remain in the jurisdiction. The proposed change of residence of the child by the custodial parent will not justify a variation in custody unless the non-custodial parent adduces cogent evidence that the child’s relocation with the custodial parent will prejudice the child’s best interests and, further, that the quality of the non-custodial parent’s relationship with the child is of such importance to the child’s best interests that prohibiting the change of residence will not cause detriment to the child that is comparable to or greater than that caused by an order to vary custody. Where there is an agreement or court order explicitly restricting the child’s change of residence, the onus should shift to the custodial parent to establish that the decision to relocate is not made in order to undermine the access rights of the non-custodial parent and that he or she is willing to make arrangements with the non-custodial parent to restructure access, when appropriate, in light of the change of residence of the child.

The proposition that the determination of the best interests of the child under s. 17(5) is best left to the discretionary realm of questions of fact where each relevant factor is to be equally considered and where no party bears any specified burden of proof must be rejected because it fosters uncertainty in the application of the law and encourages litigation and ongoing parental conflict which clearly are not in the best interest of the children.

l’ordonnance de garde existante et les modifications qu’il convient d’apporter au droit d’accès le cas échéant, et, en règle générale, ne pas procéder à une évaluation *de novo* de toutes les circonstances de l’enfant et des parties, puisque le par. 17(5) de la Loi prévoit que «le tribunal [...] ne tient compte que de l’intérêt de l’enfant, défini en fonction de ce changement». Ce libellé particulier révèle que, lorsque le changement est le déménagement proposé de l’enfant par le parent gardien, ce qui doit être apprécié est l’impact de ce déménagement sur l’ordonnance de garde existante qui, elle, doit être présumée protéger adéquatement l’intérêt de l’enfant. Il y a lieu, à juste titre, de présumer qu’il est dans l’intérêt de l’enfant de demeurer avec le parent gardien.

4. Le parent qui n’a pas la garde assume le fardeau de démontrer que le changement de résidence projeté aura des conséquences néfastes sur l’intérêt de l’enfant, à tel point que la garde doit être modifiée ou, exceptionnellement, lorsqu’il existe une preuve convaincante qu’il n’y a pas d’autre solution raisonnable susceptible de servir son intérêt, que l’enfant doit demeurer dans la juridiction. Le changement de résidence de l’enfant proposé par le parent gardien ne justifie une modification de la garde que si le parent non gardien apporte une preuve convaincante que le déménagement de l’enfant avec le parent gardien causera préjudice à l’intérêt de l’enfant et, en outre, que la qualité du rapport du parent non gardien avec l’enfant revêt une telle importance pour l’intérêt de ce dernier que l’interdiction de changer de résidence ne causera pas à l’enfant un préjudice comparable à celui que causerait une ordonnance modifiant la garde, ou un préjudice encore plus grand. S’il existe une entente ou une ordonnance judiciaire restreignant explicitement le changement de résidence de l’enfant, il incombe au parent gardien d’établir que la décision de déménager ne vise pas à frustrer les droits d’accès du parent non gardien et qu’il est disposé à s’entendre avec ce dernier pour réviser l’accès, dans la mesure du possible, à la lumière du changement de résidence de l’enfant.

Il faut rejeter la thèse portant qu’il est préférable de laisser la détermination de l’intérêt de l’enfant en vertu du par. 17(5) dans le domaine discrétionnaire des questions de fait, où chaque facteur pertinent doit être considéré également et où aucune partie n’assume de fardeau de preuve particulier, parce qu’elle favorise l’incertitude dans l’application du droit et encourage les litiges et un conflit constant entre les parents, ce qui n’est manifestement pas dans l’intérêt de l’enfant.

Here, the change of residence, which involves moving to another country and was also unforeseen at the time the custody order was originally made, constitutes a material change in the circumstances of the child. The judge applied the correct test and, upon the evidence before him, properly concluded that the threshold upon which the merits of the application for variation could be considered had been met. Despite the father's alleged increased involvement in his child's life since the initial custody order, the custody challenge was essentially based on the inevitable limitation to his access rights the child's change of residence would involve. Since less than two years had elapsed between the date of the order entrusting custody of the child to the mother and her projected change of residence, this initial order clearly remains highly relevant upon consideration of the merits of the application for variation. All other considerations being equal, in such circumstances a variation application would normally be restricted to an appraisal of the impact of the child's change of residence on the prior custody determination as well as the appropriate modification to access as the case may be.

On the merits of the application, the judge did not err in law in concluding that the mother should be allowed to move with the child to Australia. The evidence supports his conclusion that the best interests of the child required upholding the custody of the mother. It was entirely proper for him to "rely heavily" on the divorce judge's determination that the best interests of the child were best served by entrusting custody to the mother and, accordingly, to examine the impact of the change of residence on such determination as well as the possible modifications to access. On the evidence, the judgment, in spite of its brevity, makes clear that the father did not satisfy the judge that the impact of the change of residence of the child was such as to warrant a variation of custody, particularly in light of the possibility of accommodating the father's access and contact with the child. The judge was thus correct in upholding the mother's custody of the child despite her intended move to Australia. He erred, however, in confining the exercise of the father's access to the child to Australia. The evidence does not support such a conclusion. The access

En l'espèce, le changement de résidence, qui implique un déménagement dans un autre pays et qui, en outre, n'avait pas été prévu au moment où l'ordonnance de garde initiale a été prononcée, constitue un changement important dans la situation de l'enfant. Le juge a appliqué le critère approprié et, compte tenu de la preuve qui lui a été présentée, il a, à juste titre, conclu qu'il avait été satisfait au critère préliminaire et que le fond de la requête en modification pouvait être examiné. En dépit de la participation accrue qu'aurait eue le père dans la vie de sa fille depuis l'ordonnance de garde initiale, sa contestation de la garde repose essentiellement sur la restriction inévitable que le changement de résidence de l'enfant est susceptible d'entraîner à l'égard de ses droits d'accès. Puisque moins de deux ans s'étaient écoulés entre la date de l'ordonnance initiale confiant la garde à la mère et la date du changement projeté de résidence de celle-ci, cette ordonnance demeure manifestation fort pertinente dans le cadre de l'examen du fond de la requête en modification. Tous autres facteurs étant par ailleurs égaux, une requête en modification se limiterait normalement, dans de telles circonstances, à l'évaluation de l'impact du changement de résidence de l'enfant sur la décision antérieure relative à la garde, de même qu'à la modification qu'il conviendra d'apporter au droit d'accès, le cas échéant.

Quant au fond de la requête, le juge n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la mère pouvait déménager avec l'enfant en Australie. La preuve appuie sa conclusion portant que l'intérêt de l'enfant exige que l'on maintienne la garde en faveur de la mère. Il était parfaitement approprié que le juge «s'appuie fortement» sur la décision antérieure du juge ayant prononcé le divorce portant qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'en confier la garde à la mère et, en conséquence, d'examiner l'impact du changement de résidence sur cette décision de même que les modifications qu'il y avait lieu d'apporter au droit d'accès. Sur la foi des éléments de preuve, le jugement, en dépit de sa brièveté, fait clairement ressortir que le père n'a pas convaincu le juge que l'impact du changement de résidence de l'enfant était tel qu'il justifiait une modification de la garde, compte tenu en particulier de la possibilité de faire les accommodements nécessaires pour favoriser l'accès et les contacts avec l'enfant. En conséquence, le juge a eu raison de conserver la garde de l'enfant à sa mère en dépit de son intention de déménager en Australie. Cependant, il a eu tort de confiner à l'Australie l'exercice du droit d'accès du père. La preuve n'appuie pas une telle conclusion. L'ordonnance relative au droit d'accès devrait être

order should be varied to provide for access to be exercisable in Canada.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; **referred to:** *Wilson v. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291; *Baynes v. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139; *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92; *Wesson v. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193; *Watson v. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169; *MacCallum v. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Wickham v. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448; *Wright v. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Wainwright v. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387; *Korpesho v. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449, rev'g (1982), 31 R.F.L. (2d) 140; *Francis v. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209; *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; *Colley v. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281; *McGowan v. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281; *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405, aff'd (1984), 42 R.F.L. (2d) 166; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Bennett v. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353; *Appleby v. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307; *T. (K.A.) v. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214; *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; **approved:** *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; **disapproved:** *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; **referred to:** *Benoît v. Reid* (1995), 171 N.B.R. (2d) 161; *Talbot v. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415; *Brothwell v. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Wright v. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405; *Adie v. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183; *Levesque v. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, aff'd [1995] 4 S.C.R. 592 (*sub nom. P. (M.) v. L.B. (G.)*); *W. (V.) v. S.*

modifiée pour permettre que ce droit soit exercé au Canada.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; **arrêts mentionnés:** *Wilson c. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291; *Baynes c. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139; *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92; *Wesson c. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193; *Watson c. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169; *MacCallum c. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Wickham c. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448; *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Wainwright c. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387; *Korpesho c. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449, inf. (1982), 31 R.F.L. (2d) 140; *Francis c. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209; *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; *Colley c. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281; *McGowan c. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281; *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405, conf. par (1984), 42 R.F.L. (2d) 166; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Bennett c. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353; *Appleby c. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307; *T. (K.A.) c. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214; *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; **arrêt approuvé:** *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432; **arrêt critiqué:** *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53; **arrêts mentionnés:** *Benoît c. Reid* (1995), 171 R.N.-B. (2^e) 161; *Talbot c. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415; *Brothwell c. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609; *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321; *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278; *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235; *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405; *Adie c. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183; *Levesque c. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, conf. par [1995] 4 R.C.S. 592 (*sub nom. P. (M.) c.*

(D.), [1996] 2 S.C.R. 108; *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *P. (L.M.) v. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659; *Nash v. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704; *In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727; *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290; *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229; *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147; *Cabott v. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316; *Stewart v. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, leave to appeal refused, [1990] 1 S.C.R. vii; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Grant v. Brotzel* (1993), 115 Sask. R. 96; *In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996).

Statutes and Regulations Cited

Children Act 1989 (U.K.), 1989, c. 41, ss. 3(1), 8(1), 13(1)(b), (3).
Children's Act, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 31(2), (5), (6).
Children's Law Act, R.S.N. 1990, c. C-13, s. 26(2), (6).
Children's Law Act, S.S. 1990-91, c. C-8.1, ss. 6(5)(b), 8, 9(3).
Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 20(2), (5).
Civil Code of Quebec [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 1], arts. 570, 653.
Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 604, 605.
Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, art. 5.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1).
Custody Jurisdiction and Enforcement Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-33, s. 3(2), (5).
Declaration of the Rights of the Child (1924).
Declaration of the Rights of the Child (1959).
Divorce Act, S.C. 1967-1968, c. 24 [later R.S.C. 1970, c. D-8].
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) [previously S.C. 1986, c. 4], ss. 16(1), (6) to (10), 17(1)(b), (5), (6), (9).
Family Law Act 1975 (Australia), No. 53 of 1975, ss. 63E [ad. No. 181 of 1987, s. 25], 64(1)(c) [am. No. 72 of 1983, s. 29; am. No. 181 of 1987, s. 26; am. No. 37 of 1991, s. 8].

L.B. (G.); W. (V.) c. S. (D.), [1996] 2 R.C.S. 108; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *P. (L.M.) c. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659; *Nash c. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704; *In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727; *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290; *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229; *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147; *Cabott c. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316; *Stewart c. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, autorisation de pourvoi refusée, [1990] 1 R.C.S. vii; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Grant c. Brotzel* (1993), 115 Sask. R. 96; *In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996).

Lois et règlements cités

Children Act 1989 (R.-U.), 1989, ch. 41, art. 3(1), 8(1), 13(1)(b), (3).
Children's Law Act, R.S.N. 1990, ch. C-13, art. 26(2), (6).
Children's Law Act, S.S. 1990-91, ch. C-8.1, art. 6(5)(b), 8, 9(3).
Code civil du Québec [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 570, 653.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 604, 605.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 5.
Custody Jurisdiction and Enforcement Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-33, art. 3(2), (5).
Déclaration des droits de l'enfant (1924).
Déclaration des droits de l'enfant (1959).
Family Law Act 1975 (Australie), n° 53 de 1975, art. 63E [aj. n° 181 de 1987, art. 25], 64(1)(c) [mod. n° 72 de 1983, art. 29; mod. n° 181 de 1987, art. 26; mod. n° 37 de 1991, art. 8].
Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1990, ch. C.12, art. 20(2), (5).
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) [auparavant S.C. 1986, ch. 4], art. 16(1), (6) à (10), 17(1)(b), (5), (6), (9).
Loi sur le divorce, S.C. 1967-1968, ch. 24 [plus tard S.R.C. 1970, ch. D-8].
Loi sur l'enfance, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 31(2), (5), (6).

Authors Cited

- Bailey, Martha J. "Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*" (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317.
- Bala, Nicholas, and Susan Miklas. *Rethinking Decisions About Children: Is the "Best Interests of the Child" Approach Really in the Best Interests of Children?* Toronto: Policy Research Centre on Children Youth and Families, 1993.
- Boyd, Susan B. "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?" In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*. Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990, 69.
- Bruch, Carol S., and Janet M. Bowermaster. "The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present" (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.
- Canada. Department of Justice. Bureau of Review. *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*. Ottawa: Department of Justice, 1990.
- Canada. Department of Justice. Communications and Consultation Branch. *Custody and Access: Public Discussion Paper*. Ottawa: Department of Justice, 1993.
- Cohen, Mandy S. "A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws" (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3^e éd. Paris: Montchrestien, 1993.
- Eades, John. "A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?" (1995), 33 *Law Soc. J.* 46.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 13. Sydney: Butterworths, 1993.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 5(2), 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).
- Hovius, Berend. "The Changing Role of the Access Parent" (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123.
- How, W. Glen, "Young v. Young and D.P. v. C.S.: Custody and Access — The Supreme Court Compounds Confusion" (1994), 11 *C.F.L.Q.* 109.
- King, Valarie. "Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?" (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

Doctrine citée

- Bailey, Martha J. «Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*» (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317.
- Bala, Nicholas, and Susan Miklas. *Rethinking Decisions About Children: Is the "Best Interests of the Child" Approach Really in the Best Interests of Children?* Toronto: Policy Research Centre on Children Youth and Families, 1993.
- Boyd, Susan B. «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?» In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*. Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990, 69.
- Bruch, Carol S., and Janet M. Bowermaster. «The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present» (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.
- Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.
- Canada. Ministère de la Justice. Direction des communications et de la consultation. *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1993.
- Cohen, Mandy S. «A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws» (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3^e éd. Paris: Montchrestien, 1993.
- Eades, John. «A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?» (1995), 33 *Law Soc. J.* 46.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 13. Sydney: Butterworths, 1993.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 5(2), 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).
- Hovius, Berend. «The Changing Role of the Access Parent» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123.
- How, W. Glen, «Young v. Young and D.P. v. C.S.: Custody and Access — The Supreme Court Compounds Confusion» (1994), 11 *C.F.L.Q.* 109.
- King, Valarie. «Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?» (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

- Kramer, Donald T. *Legal Rights of Children*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill, 1994.
- Krause, Harry D. *Family Law in a Nutshell*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995.
- Krell, Robert. "The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 175.
- Maccoby, Eleanor E., and Robert H. Mnookin. *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. Sydney: Croom Helm, 1984.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193.
- McLeod, James G. Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433.
- McLeod, James G. Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129.
- McLeod, James G. Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100.
- McLeod, James G. *Child Custody Law and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Montgomery, John D. "Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches" (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Payne, Julien D., and Eileen Overend, "The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction" (1984), 15 *R.G.D.* 645.
- Payne, Julien D., and Kenneth L. Kallish. "A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 215.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Introduction to Canadian Family Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Richards, Martin. "Divorcing children: roles for parents and the state". In John Eekelaar and Mavis Maclean, eds., *Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994, 249.
- Simler, Philippe. "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.
- Kramer, Donald T. *Legal Rights of Children*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill, 1994.
- Krause, Harry D. *Family Law in a Nutshell*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995.
- Krell, Robert. «The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 175.
- Maccoby, Eleanor E., and Robert H. Mnookin. *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. Sydney: Croom Helm, 1984.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Les personnes*, 3^e éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193.
- McLeod, James G. Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433.
- McLeod, James G. Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129.
- McLeod, James G. Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100.
- McLeod, James G. *Child Custody Law and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Montgomery, John D. «Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches» (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Payne, Julien D., and Eileen Overend, «The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction» (1984), 15 *R.G.D.* 645.
- Payne, Julien D., and Kenneth L. Kallish. «A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family» (1981), 13 *R.D. Ottawa* 215.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Introduction to Canadian Family Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Richards, Martin. «Divorcing children: roles for parents and the state». In John Eekelaar and Mavis Maclean, eds., *Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994, 249.
- Simler, Philippe. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

Sivin, Edward. "Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel" (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341.

Wallerstein, Judith S. "Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children" (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199.

Weisman, Norris. "On Access After Parental Separation" (1992), 36 R.F.L. (3d) 35.

Wilson, Jeffery. *Wilson on Children and the Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1994 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156, which dismissed the appellant's appeal from a judgment of Gagne J., allowing the respondent's application to vary the access provisions of the custody order and dismissing the appellant's application for custody of his child. Appeal allowed in part.

Noel S. Sandomirsky, for the appellant.

Neil Turcotte and Deryk Kendall, for the respondent.

Carole Curtis and Donna Wilson, for the intervenor LEAF.

Daniel L. Goldberg and Jocelyn Kapusta, for the intervener the Children's Lawyer for Ontario.

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

1

MCLACHLIN J. — When parents separate, one typically enjoys custody of the child, the other access. So long as both parents live in the same area, this arrangement protects the child's continuing relationship with both parents. However, if the custodial parent decides to move away and change the principal residence of the child, the situation may change. The access parent may be unable to see the child as often as before, if at all. He or she may seek a review of the custody order, contending that removing the child from its familiar surroundings and restricting or depriving the child of access to the other parent is not in that child's best interests. With the prevalence of separated families

Sivin, Edward. «Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel» (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341.

Wallerstein, Judith S. «Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children» (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199.

Weisman, Norris. «On Access After Parental Separation» (1992), 36 R.F.L. (3d) 35.

Wilson, Jeffery. *Wilson on Children and the Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1994 (loose-leaf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge Gagne, qui avait accueilli la requête de l'intimée en modification des droits d'accès contenus dans l'ordonnance de garde et rejeté la demande de garde de l'enfant présentée par l'appelant. Pourvoi accueilli en partie.

Noel S. Sandomirsky, pour l'appelant.

Neil Turcotte et Deryk Kendall, pour l'intimée.

Carole Curtis et Donna Wilson, pour l'intervenant FAEJ.

Daniel L. Goldberg et Jocelyn Kapusta, pour l'intervenant l'avocat des enfants pour l'Ontario.

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

LE JUGE MCLACHLIN — En général lors d'une séparation, l'un des parents obtient la garde de l'enfant tandis que l'autre obtient un droit d'accès. Tant et aussi longtemps que les deux parents vivent dans la même région, cet arrangement permet de maintenir la relation entre l'enfant et ses deux parents. En revanche, si le parent gardien décide de déménager et de changer le lieu de la résidence principale de l'enfant, la situation n'est plus la même. Il se peut que le parent ayant le droit d'accès ne puisse plus voir son enfant aussi fréquemment qu'auparavant, voire même plus du tout. Il peut alors demander une révision de l'ordonnance de garde pour le motif qu'il n'est pas

and the increasing mobility of modern society, such applications are more common. On this appeal, we are asked to establish the principles that should guide judges in making these difficult decisions.

I. The Proceedings to Date

A) *The Initial Order*

The family resided in Saskatoon until the events precipitating this case, and both parents enjoy a warm and loving relationship with their child. Upon separating from the child's father in November 1990, the mother petitioned for divorce under the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.). She obtained an order for interim custody of the child. The order granted the father reasonable access on reasonable notice.

The father saw the child frequently following separation. A custody access study prepared before trial showed that the father had "consistently spent more time with the child" than the mother had in the post-separation period. In a mediated agreement pending trial and judgment, the mother and father agreed that the child would reside with both parents on a rotating basis, and that if one party moved, the child would continue to reside in Saskatoon with the other.

The matter of custody came on for trial before Carter J. of the Unified Family Court of the Saskatchewan Court of Queen's Bench in February 1993. She dissolved the marriage pending appeal and awarded the mother permanent custody of the child with generous access to the father: (1993), 111 Sask. R. 1. Following the trial, the father continued to spend more time with his daughter than allowed by the order. The mother did not usually object to the additional time; indeed, it helped her

dans l'intérêt de l'enfant de le retirer de son environnement familial et de restreindre ou nier le droit d'accès du parent requérant. Le nombre élevé de familles séparées et la mobilité sans cesse croissante de la société moderne rendent plus fréquentes ce genre de demandes. En l'espèce, nous sommes appelés à formuler les principes qui doivent guider les juges chargés de rendre ces difficiles décisions.

I. Les ordonnances rendues à ce jour

A) *L'ordonnance initiale*

La famille résidait à Saskatoon lorsque les événements ont précipité la présente affaire; les deux parents entretiennent avec leur enfant une relation tendre et affectueuse. Lors de sa séparation d'avec le père de l'enfant en novembre 1990, la mère a présenté une action en divorce en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.). Elle a obtenu la garde provisoire de l'enfant, tandis que le père a obtenu un droit d'accès acceptable moyennant un avis raisonnable.

Le père a vu l'enfant fréquemment après la séparation. Selon une étude sur la garde et l'accès réalisée avant le procès, le père a [TRADUCTION] «invariablement passé plus de temps avec l'enfant» que la mère dans la période qui a suivi la séparation. Dans une entente intervenue par suite d'une médiation en attendant le procès et le jugement, la mère et le père ont convenu que l'enfant résiderait avec les deux parents à tour de rôle et que, si l'une des parties déménageait, l'enfant continuerait à résider à Saskatoon avec l'autre.

Le juge Carter de la Cour unifiée de la famille de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a entendu la question de la garde en février 1993. Elle a prononcé la dissolution du mariage sous réserve d'un appel et confié à la mère la garde permanente de l'enfant, assortie d'un généreux droit d'accès au père: (1993), 111 Sask. R. 1. Après le procès, ce dernier a continué de passer avec sa fille plus de temps que ne le permettait l'ordonnance. En général, la mère ne s'est pas opposée à cette

to maintain a busy working schedule that often took her out of Saskatoon.

5 When the father learned in the fall of 1994 that the mother intended to move to Adelaide, Australia in January 1995, to study orthodontics, he applied for custody of the child, or alternatively, an order restraining the mother from moving the child from Saskatoon. The mother cross-applied to vary the access provisions of the custody order to permit her to move the child's residence to Australia.

B) *The Variation Order*

6 Gagne J. concluded that he should permit the child to go to Australia with her mother. After citing various decisions considering similar situations and noting the diverse results, he stated:

I relied heavily on Judge Carter's judgment and her findings of fact that the mother was the proper person to have custody of this child. There will be an order that the petitioner be allowed to move to Australia to study orthodontics and to take the child Samantha with her.

Now, the respondent will have liberal and generous access to Samantha in Australia on one month's notice and not to remove the child from Australia. Samantha's school should be interfered with as little as possible during these visits.

7 The Saskatchewan Court of Appeal upheld the order, finding "no serious error of principle" in the decision, and citing *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, in support of a conservative standard of review: (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156. The father now appeals to this Court seeking a change of custody, or alternatively, an order permitting access on terms which would allow the child to leave Australia.

dérogation qui, en fait, lui a permis de maintenir un horaire de travail chargé qui l'amenait fréquemment à l'extérieur de Saskatoon.

Lorsque le père a appris à l'automne 1994 que la mère avait l'intention de déménager à Adelaïde en Australie en janvier 1995 pour y poursuivre des études en orthodontie, il a demandé la garde de l'enfant ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à la mère d'amener l'enfant à l'extérieur de Saskatoon. La mère a déposé une demande incidente en vue de faire modifier les dispositions de l'ordonnance de garde touchant à l'accès afin qu'elle soit autorisée à faire de l'Australie la résidence de l'enfant.

B) *L'ordonnance modificative*

Le juge Gagne a statué qu'il devait permettre que l'enfant suive sa mère en Australie. Après avoir cité différentes décisions concernant des situations semblables et signalé les résultats divers, il a déclaré:

[TRADUCTION] Je me suis fortement appuyé sur le jugement du juge Carter et sur sa conclusion de fait portant que c'est à la mère qu'il convient de confier la garde de l'enfant. L'ordonnance autorisera la requérante à déménager en Australie pour y étudier l'orthodontie et à y amener l'enfant Samantha avec elle.

L'intimé jouira d'un droit d'accès souple et généreux auprès de Samantha en Australie à condition qu'il donne un mois d'avis et qu'il n'amène pas l'enfant à l'extérieur de l'Australie. Ces visites devront gêner le moins possible les classes de Samantha.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a maintenu l'ordonnance, n'ayant constaté dans la décision [TRADUCTION] «aucune erreur de principe grave», et a cité l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, pour justifier l'application d'une norme de contrôle modérée: (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156. Le père se pourvoit maintenant devant notre Cour en vue de faire modifier l'ordonnance de garde ou, subsidiairement, d'obtenir une ordonnance lui accordant un droit d'accès aux termes duquel l'enfant pourra quitter l'Australie.

II. Relevant Statutory Provisions

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)

16. (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses or by any other person, make an order respecting the custody of or the access to, or the custody of and access to, any or all children of the marriage.

. . .

(6) The court may make an order under this section for a definite or indefinite period or until the happening of a specified event and may impose such other terms, conditions or restrictions in connection therewith as it thinks fit and just.

(7) Without limiting the generality of subsection (6), the court may include in an order under this section a term requiring any person who has custody of a child of the marriage and who intends to change the place of residence of that child to notify, at least thirty days before the change or within such other period before the change as the court may specify, any person who is granted access to that child of the change, the time at which the change will be made and the new place of residence of the child.

(8) In making an order under this section, the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child.

(9) In making an order under this section, the court shall not take into consideration the past conduct of any person unless the conduct is relevant to the ability of that person to act as a parent of a child.

(10) In making an order under this section, the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child and, for that purpose, shall take into consideration the willingness of the person for whom custody is sought to facilitate such contact.

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

. . .

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)

16. (1) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne, rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux.

. . .

(6) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

(7) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (6), le tribunal peut inclure dans l'ordonnance qu'il rend au titre du présent article une disposition obligeant la personne qui a la garde d'un enfant à charge et qui a l'intention de changer le lieu de résidence de celui-ci d'informer au moins trente jours à l'avance, ou dans le délai antérieur au changement que lui impartit le tribunal, toute personne qui a un droit d'accès à cet enfant du moment et du lieu du changement.

(8) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.

(9) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère.

(10) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

. . .

(b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

. . .

(5) Before the court makes a variation order in respect of a custody order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child of the marriage occurring since the making of the custody order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change.

(6) In making a variation order, the court shall not take into consideration any conduct that under this Act could not have been considered in making the order in respect of which the variation order is sought.

. . .

(9) In making a variation order varying a custody order, the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each former spouse as is consistent with the best interests of the child and, for that purpose, where the variation order would grant custody of the child to a person who does not currently have custody, the court shall take into consideration the willingness of that person to facilitate such contact.

III. The Issue

8 This appeal raises only one issue: did the trial and appeal court err in permitting the child to move to Australia with her mother, the custodial parent? This is the first time this Court has considered the effect of a custodial parent's move on custody and access. Accordingly, both the parties and the two interveners, the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) and the Children's Lawyer for Ontario invited us to consider the principles which should guide judges in dealing with such applications in the future.

IV. Analysis

9 The principles which govern an application for a variation of an order relating to custody and access are set out in the *Divorce Act*. The Act directs a

b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

. . .

(5) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance de garde, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative.

(6) En rendant une ordonnance modificative, le tribunal ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance dont la modification a été demandée.

. . .

(9) En rendant une ordonnance modificative d'une ordonnance de garde, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque ex-époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, si l'ordonnance modificative doit accorder la garde à une personne qui ne l'a pas actuellement, le tribunal tient compte du fait que cette personne est disposée ou non à faciliter ce contact.

III. La question en litige

Le présent pourvoi soulève une seule question: les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en permettant que l'enfant déménage en Australie avec la mère, le parent gardien? C'est la première fois que la Cour a à analyser l'incidence du déménagement du parent gardien sur la garde et l'accès. Pour cette raison, les parties et les deux intervenants, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et l'avocat des enfants pour l'Ontario, nous ont priés d'examiner les principes qui devraient guider les juges appelés dans l'avenir à se pencher sur cette question.

IV. Analyse

Les principes qui régissent la requête en modification d'une ordonnance relative à la garde et à l'accès sont énoncés dans la *Loi sur le divorce*, qui

two-stage inquiry. First, the party seeking variation must show a material change in the situation of the child. If this is done, the judge must enter into a consideration of the merits and make the order that best reflects the interests of the child in the new circumstances. I propose to discuss each stage in turn.

A) *The Threshold Condition: Material Change*

Before the court can consider the merits of the application for variation, it must be satisfied there has been a material change in the circumstances of the child since the last custody order was made. Section 17(5) provides that the court shall not vary a custody or access order absent a change in the "condition, means, needs or other circumstances of the child". Accordingly, if the applicant is unable to show the existence of a material change, the inquiry can go no farther: *Wilson v. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291 (Sask. C.A.).

The requirement of a material change in the situation of the child means that an application to vary custody cannot serve as an indirect route of appeal from the original custody order. The court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the decision and consider only the change in circumstances since the order was issued: *Baynes v. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (B.C.C.A.); *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (Ont. C.A.); *Wesson v. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (N.S.S.C.), at p. 194.

What suffices to establish a material change in the circumstances of the child? Change alone is not enough; the change must have altered the child's needs or the ability of the parents to meet those needs in a fundamental way: *Watson v. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (B.C.S.C.). The question is whether the previous order might have been different had the circumstances now existing pre-

commande une analyse à deux volets. La partie requérante doit d'abord faire la preuve qu'un changement important est survenu dans la situation de l'enfant. Si elle réussit, le juge doit se prononcer sur le bien-fondé de la requête et rendre l'ordonnance qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant étant donné la nouvelle situation. Je me propose d'analyser chacune des deux étapes à tour de rôle.

A) *L'exigence préliminaire: un changement important*

Avant d'examiner le bien-fondé de la requête en modification, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant depuis le prononcé de la dernière ordonnance de garde. Aux termes du par. 17(5), le tribunal ne modifie l'ordonnance de garde ou d'accès que s'il est survenu un changement dans les «ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant». Aussi l'analyse prendra-t-elle fin à cette étape si le requérant ne réussit pas à établir l'existence d'un changement important: *Wilson c. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291 (C.A. Sask.).

L'exigence d'un changement important dans la situation de l'enfant signifie que la requête en modification de la garde ne peut être un moyen détourné d'en appeler de l'ordonnance de garde initiale. Le tribunal ne peut entendre l'affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance: *Baynes c. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (C.A.C.-B.); *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (C.A. Ont.); *Wesson c. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (C.S.N.-É.), à la p. 194.

Quand aura-t-on établi un changement important dans la situation de l'enfant? Le changement seul ne suffit pas; il doit avoir modifié fondamentalement les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir: *Watson c. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (C.S.C.-B.). La question est de savoir si l'ordonnance antérieure aurait pu être différente si la situation actuelle avait alors existé:

10

11

12

vailed earlier: *MacCallum v. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32 (P.E.I.S.C.). Moreover, the change should represent a distinct departure from what the court could reasonably have anticipated in making the previous order. "What the court is seeking to isolate are those factors which were not likely to occur at the time the proceedings took place": J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), at p. 11-5.

MacCallum c. MacCallum (1976), 30 R.F.L. 32 (C.S.Î.-P.-É.). En outre, le changement doit refléter une situation nettement différente de ce que le tribunal pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a rendu la première ordonnance. [TRADUCTION] «Le tribunal cherche à dégager les facteurs qui n'étaient pas susceptibles de se produire au moment de la procédure»: J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), à la p. 11-5.

13 It follows that before entering on the merits of an application to vary a custody order the judge must be satisfied of: (1) a change in the condition, means, needs or circumstances of the child and/or the ability of the parents to meet the needs of the child; (2) which materially affects the child; and (3) which was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated by the judge who made the initial order.

Il s'ensuit qu'avant de se pencher sur le bien-fondé d'une requête en modification d'une ordonnance de garde, le juge doit être convaincu de trois choses: (1) un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins; (2) ce changement doit toucher l'enfant de façon importante; et (3) il doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale.

14 These are the principles which determine whether a move by the custodial parent is a material change in the "condition, means, needs or other circumstances of the child". Relocation will always be a "change". Often, but not always, it will amount to a change which materially affects the circumstances of the child and the ability of the parent to meet them. A move to a neighbouring town might not affect the child or the parents' ability to meet its needs in any significant way. Similarly, if the child lacks a positive relationship with the access parent or extended family in the area, a move might not affect the child sufficiently to constitute a material change in its situation. Where, as here, the child enjoyed frequent and meaningful contact with the access parent, a move that would seriously curtail that contact suffices to establish the necessary connection between the change and the needs and circumstances of the child.

Ce sont là les principes qui permettent de déterminer si un déménagement par celui des parents qui a la garde constitue un changement important dans «les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant». Le déménagement sera toujours un «changement». Fréquemment, mais pas toujours, il engendra un changement qui modifie de façon importante la situation de l'enfant et la capacité du parent de pourvoir à ses besoins. Un déménagement dans une ville avoisinante peut ne pas toucher de façon importante l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins. De même, si l'enfant n'a pas de relation positive avec le parent qui jouit d'un droit d'accès ou avec la famille élargie qui se trouve dans la région, il peut arriver qu'un déménagement ne l'affecte pas suffisamment pour constituer un changement important dans sa situation. Lorsque, comme en l'espèce, l'enfant entretenait avec le parent ayant un droit d'accès des contacts fréquents et valables, un déménagement qui restreindrait nettement ce contact suffit à établir le lien nécessaire entre le changement, d'une part, et les besoins et la situation de l'enfant, d'autre part.

15 The third branch of the threshold requirement of material change requires that the relocation of the

Le troisième volet de l'exigence préliminaire du changement important requiert que le déménagement

custodial parent not have been within the reasonable contemplation of the judge who issued the previous order: *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401. If a future move by the custodial parent was considered and not disallowed by the order sought to be varied, the access parent may be barred from bringing an application for variation on that ground alone. The same reasoning applies to a court-sanctioned separation agreement which contemplates a future move. In such cases, the application for variation amounts to an appeal of the original order.

Conversely, an order which specifies precise terms of access may lead to an inference that a move which would “effectively destroy that right of access” constitutes a material change in circumstances justifying a variation application. (See *Wickham v. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448 (Ont. C.A.), at p. 453; *Wright v. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321 (Ont. C.A.), at p. 324; and see generally on this point *Wainwright v. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387 (N.S.S.C.); *Korpesho v. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449 (Man. C.A.), rev’g (1982), 31 R.F.L. (2d) 140 (Man. Q.B.).) Where, as here, the custody order stipulates terms of access on the assumption that the child’s principal residence will remain near the access parent, the third branch of the threshold requirement of a material change in circumstance is met.

B) *The Best Interests of the Child*

(1) The Test

The threshold condition of a material change in circumstance satisfied, the court should consider the matter afresh without defaulting to the existing arrangement: *Francis v. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209 (Sask. C.A.), at p. 217. The earlier conclusion that the custodial parent was the best person to have custody is no longer determinative, since the existence of material change presupposes that the terms of the earlier order might have been different

ment du parent gardien n’ait pu être raisonnablement prévisible par le juge qui a prononcé l’ordonnance antérieure: *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401. Si la question d’un déménagement éventuel du parent gardien a été examinée et que l’ordonnance dont on demande la modification ne l’a pas interdit, il se peut que la requête en modification du parent ayant un droit d’accès soit irrecevable si elle est fondée sur ce seul motif. Le même raisonnement vaut quant à l’entente de séparation, sanctionnée par le tribunal, qui prévoit un déménagement éventuel. La requête en modification équivaut alors à un appel de l’ordonnance initiale.

Inversement, l’ordonnance qui énonce des modalités précises d’exercice du droit d’accès peut mener à la conclusion qu’un déménagement [TRADUCTION] «anéantissant en réalité ce droit d’accès» constitue un changement important dans la situation, qui justifie une requête en modification. (Voir *Wickham c. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2d) 448 (C.A. Ont.), à la p. 453; *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321 (C.A. Ont.), à la p. 324; et voir de façon générale sur ce point *Wainwright c. Wainwright* (1987), 10 R.F.L. (3d) 387 (C.S.N.-É.); *Korpesho c. Korpesho* (1982), 31 R.F.L. (2d) 449 (C.A. Man.), inf. (1982), 31 R.F.L. (2d) 140 (B.R. Man.).) Lorsque, comme en l’espèce, l’ordonnance de garde énonce les modalités d’exercice du droit d’accès en tenant pour acquis que la résidence principale de l’enfant demeurera près de celle du parent qui jouit de ce droit d’accès, le troisième volet de l’exigence préliminaire du changement important dans la situation est respecté.

B) *L’intérêt de l’enfant*

(1) Le critère

Une fois établie l’existence d’un changement important dans la situation, le tribunal doit à nouveau analyser la question sans s’en tenir à l’arrangement existant: *Francis c. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209 (C.A. Sask.), à la p. 217. La conclusion précédente portant que le parent gardien était le plus apte à obtenir la garde de l’enfant n’est plus déterminante puisque l’existence d’un changement important présuppose que les modalités de l’or-

had the change been known at the time. (*Willick v. Willick*, *supra*, at p. 688, *per* Sopinka J.) The judge on the variation application must consider the findings of fact made by the first judge as well as the evidence of changed circumstances (*Wesson v. Wesson*, *supra*, at p. 194) to decide what custody arrangement now accords with the best interests of the child. The threshold of material change met, it is error for the judge on a variation application simply to defer to the views of the judge who made the earlier order. The judge on the variation application must consider the matter anew, in the circumstances that presently exist.

donnance antérieure auraient pu être différentes si le changement avait été connu à l'époque. (*Willick c. Willick*, précité, à la p. 688, le juge Sopinka). Le juge qui entend la requête en modification doit tenir compte des conclusions de fait tirées par le premier juge ainsi que de la preuve relative à la nouvelle situation (*Wesson c. Wesson*, précité, à la p. 194) pour décider quel arrangement relatif à la garde est maintenant compatible avec l'intérêt de l'enfant. Une fois franchie l'étape préliminaire du changement important, le juge qui entend la requête en modification aurait tort de simplement s'en remettre aux opinions du juge qui a prononcé l'ordonnance précédente. Il doit considérer l'affaire d'un œil nouveau, en tenant compte de la situation qui existe alors.

18

Section 17(5) of the *Divorce Act* directs that the judge must consider the child's best interests "by reference" to the material change in circumstances. However, the inquiry cannot be confined to that change alone, isolated from the other factors bearing on the child's best interests. In *Willick v. Willick*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. discussed (at pp. 734-35) the scope of review of support orders in the context of similar wording in s. 17(4):

Le paragraphe 17(5) de la *Loi sur le divorce* prescrit que le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant, «défini en fonction» du changement important survenu dans la situation. Il ne peut toutefois confiner son analyse à ce seul changement, indépendamment des autres facteurs qui se rapportent à l'intérêt de l'enfant. Dans *Willick c. Willick*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a analysé, aux pp. 734 et 735, la portée du contrôle des ordonnances alimentaires dans le contexte du libellé semblable du par. 17(4):

Once a sufficient change that will justify variation has been identified, the court must next determine the extent to which it will reconsider the circumstances underlying, and the basis for, the support order itself. For the reasons below, I believe that it is artificial for a court to restrict its analysis strictly to the change which has justified variation. Moreover, while a variation hearing is neither an appeal nor a trial *de novo*, where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate, then an assessment of the entirety of the present circumstances of the parties and the children which recognizes the interrelationship between the many factors to be considered is in order. [Emphasis added.]

Une fois établie l'existence d'un changement suffisant pour justifier la modification, le tribunal doit ensuite déterminer la mesure dans laquelle il va réexaminer les circonstances et le fondement de l'ordonnance alimentaire elle-même. Pour les motifs qui suivent, je crois que le tribunal restreindrait artificiellement son analyse s'il se bornait au changement justifiant la modification. De plus, bien que l'instance en modification ne soit ni un appel ni un procès *de novo*, il y a lieu, lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée, de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation présente des parties et des enfants, qui tienne compte de la corrélation entre les nombreux facteurs à considérer. [Je souligne.]

The same principle holds true when an applicant is able to demonstrate a material change in circumstances in a custodial variation proceeding. In order to determine the child's best interest, the judge must consider how the change impacts on all aspects of the child's life. To put it another way,

Le même principe vaut lorsqu'un requérant est en mesure de démontrer l'existence d'un changement important dans la situation dans le cadre d'une instance en modification de la garde. Pour déterminer ce en quoi consiste l'intérêt de l'enfant, le juge doit évaluer l'impact du changement sur tous les

the material change places the original order in question; all factors relevant to that order fall to be considered in light of the new circumstances.

What principles should guide the judge on this fresh review of the situation? This inquiry takes us to the last clause of s. 17(5) of the *Divorce Act*: “. . . in making the variation order, the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change”. The amendments to the *Divorce Act* in 1986 (S.C. 1986, c. 4 (now R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)) elevated the best interests of the child from a “paramount” consideration, to the “only” relevant issue.

The best interests of the child test has been characterized as “indeterminate” and “more useful as legal aspiration than as legal analysis”: *per* Abella J.A. in *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (Ont. C.A.), at p. 443. Nevertheless, it stands as an eloquent expression of Parliament’s view that the ultimate and only issue when it comes to custody and access is the welfare of the child whose future is at stake. The multitude of factors that may impinge on the child’s best interest make a measure of indeterminacy inevitable. A more precise test would risk sacrificing the child’s best interests to expediency and certainty. Moreover, Parliament has offered assistance by providing two specific directions — one relating to the conduct of the parents, the other to the ideal of maximizing beneficial contact between the child and both parents.

In s. 16(9), Parliament has stipulated that the judge “shall not take into consideration the past conduct of any person unless the conduct is relevant to the ability of that person to act as a parent of a child”. This instruction is effectively incorporated into a variation proceeding by virtue of s. 17(6). Parental conduct, however meritorious or however reprehensible, does not enter the analysis unless it relates to the ability of the parent to meet the needs of the child.

aspects de la vie de l’enfant. En d’autres termes, le changement important met l’ordonnance initiale en question; tous les facteurs pertinents quant à cette ordonnance doivent être examinés à la lumière de la nouvelle situation.

Quels principes devraient guider le juge dans ce nouvel examen de la situation? Cette question nous amène à la dernière partie du par. 17(5) de la *Loi sur le divorce*, aux termes duquel «[le tribunal] ne tient compte que de l’intérêt de l’enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l’ordonnance modificative». Les modifications apportées en 1986 à la *Loi sur le divorce* (S.C. 1986, ch. 4 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)) ont élevé l’intérêt de l’enfant de facteur «prépondérant» qu’il était au statut d’unique facteur pertinent.

Le critère de l’intérêt de l’enfant a été jugé [TRA-DUCTION] «indéterminé» et [TRADUCTION] «plus utile à titre d’aspiration que d’analyse juridique»: le juge Abella dans *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (C.A. Ont.), à la p. 443. Il est néanmoins tout à fait évident que le législateur souhaite ainsi que la seule et unique question, en matière de garde et d’accès, soit le bien-être de l’enfant dont l’avenir est en jeu. La multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l’intérêt de l’enfant rend inévitable un certain degré d’indétermination. Un critère davantage précis risquerait de sacrifier l’intérêt de l’enfant au profit de l’opportunisme et de la certitude. En outre, le législateur a offert une certaine assistance en formulant deux directives précises, qui se rapportent l’une à la conduite des parents et l’autre à l’idéal de la maximisation des contacts bénéfiques entre l’enfant et les deux parents.

Au paragraphe 16(9), le législateur a édicté que le juge «ne tient pas compte de la conduite antérieure d’une personne, sauf si cette conduite est liée à l’aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère». Cette directive est effectivement incorporée dans la procédure de modification prévue au par. 17(6). La conduite des parents, aussi méritoire ou répréhensible soit-elle, ne fait partie de l’analyse que si elle se rapporte à l’aptitude du parent à pourvoir aux besoins de l’enfant.

19

20

21

22 This stipulation is important in applications for variation of custody based on relocation of the custodial parent. All too often, such applications have descended into inquiries into the custodial parent's reason or motive for moving (see *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53 (Ont. C.A.); *Colley v. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281 (Ont. U.F.C.), and J. G. McLeod, Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100, at p. 103). If the move is considered "necessary", the decision is considered justified, entitling the parent to retain custody in the new location. If, on the other hand, it is made for a less noble reason, the custodial parent may be required to choose between losing custody or moving. The focus thus shifts from the best interests of the child to the conduct of the custodial parent.

23 Under the *Divorce Act*, the custodial parent's conduct can be considered only if relevant to his or her ability to act as parent of the child. Usually, the reasons or motives for moving will not be relevant to the custodial parent's parenting ability. Occasionally, however, the motive may reflect adversely on the parent's perception of the needs of the child or the parent's judgment about how they may best be fulfilled. For example, the decision of a custodial parent to move solely to thwart salutary contact between the child and access parent might be argued to show a lack of appreciation for the child's best interests: see *McGowan v. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281 (Ont. H.C.); *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (Sask. Q.B.), aff'd (1984), 42 R.F.L. (2d) 166 (Sask. C.A.). However, absent a connection to parenting ability, the custodial parent's reason for moving should not enter into the inquiry.

24 The second factor which Parliament specifically chose to mention in assessing the best interests of the child is maximum contact between the child and both parents. Both ss. 16(10) and 17(9) of the Act require that "the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have

Cette disposition est importante en ce qui a trait aux requêtes en modification de garde fondées sur le déménagement du parent gardien. Trop souvent, de telles requêtes ont tourné en analyse des motifs qui amènent le parent gardien à déménager (voir *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53 (C.A. Ont.); *Colley c. Colley* (1991), 31 R.F.L. (3d) 281 (C.U.F. Ont.), et J. G. McLeod, Annotation to *Williams v. Williams* (1992), 38 R.F.L. (3d) 100, à la p. 103). Si le déménagement est jugé «nécessaire», la décision s'en trouve justifiée, et le parent peut conserver la garde de l'enfant dans le nouveau lieu de résidence. Si, par contre, le déménagement répond à un motif moins noble, le parent gardien peut être contraint de choisir entre la garde et le déménagement. On met alors l'accent non plus sur l'intérêt de l'enfant, mais sur la conduite du parent gardien.

Sous le régime de la *Loi sur le divorce*, on ne peut tenir compte de la conduite du parent gardien que si elle est pertinente quant à son aptitude à agir à titre de parent de l'enfant. En général, les raisons qui motivent un déménagement n'auront aucun rapport avec l'aptitude du parent gardien à agir à titre de père ou de mère. À l'occasion toutefois, le motif du déménagement peut avoir une incidence négative sur la façon dont le parent perçoit les besoins de l'enfant ou sur son jugement quant à la meilleure façon d'y pourvoir. Ainsi, on pourrait prétendre que la décision d'un parent gardien de déménager dans l'unique but de nuire aux contacts bénéfiques entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès révèle un désintéressement pour l'intérêt de l'enfant: voir *McGowan c. McGowan* (1979), 11 R.F.L. (2d) 281 (H.C. Ont.); *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (B.R. Sask.), conf. par (1984), 42 R.F.L. (2d) 166 (C.A. Sask.). Toutefois, s'ils ne sont pas liés à l'aptitude du parent, les motifs du déménagement du parent gardien ne devraient pas entrer en ligne de compte.

Le second facteur que le législateur a choisi de mentionner expressément dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant est la maximisation des contacts entre l'enfant et les deux parents. Les paragraphes 16(10) et 17(9) de la Loi requièrent tous deux que «le tribunal applique le principe selon lequel l'en-

as much contact with each former spouse as is consistent with the best interests of the child". The sections go on to say that for this purpose, the court "shall take into consideration the willingness of [the applicant] to facilitate" the child's contact with the non-custodial parent. The "maximum contact" principle, as it has been called, is mandatory, but not absolute. The Act only obliges the judge to respect it to the extent that such contact is consistent with the child's best interests; if other factors show that it would not be in the child's best interests, the court can and should restrict contact: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 117-18, *per* McLachlin J.

The reduction of beneficial contact between the child and the access parent does not always dictate a change of custody or an order which restricts moving the child. If the child's needs are likely to be best served by remaining with the custodial parent, and this consideration offsets the loss or reduction in contact with the access parent, then the judge should not vary custody and permit the move. This said, the reviewing judge must bear in mind that Parliament has indicated that maximum contact with both parents is generally in the best interests of the child.

(2) The Argument for a Presumption in Favour of the Custodial Parent

The child's mother argues that the inquiry into the best interests of the child should begin with a presumption in favour of the custodial parent. This would place the onus on the access parent to show why remaining with the custodial parent is not in the child's best interest. I have concluded that this submission must fail. However, before considering the arguments for and against a presumption in favour of the custodial parent, it may be useful to canvass briefly its history.

In the early years of the *Divorce Act*, S.C. 1967-1968, c. 24 (later R.S.C. 1970, c. D-8), some

fant à charge doit avoir avec chaque ex-époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt». À cette fin, le tribunal «tient compte du fait que [le requérant] est dispos[é] ou non à faciliter» le contact de l'enfant avec le parent qui n'en a pas la garde. S'il est impératif, le principe du «contact maximum», comme on l'a appelé, n'est toutefois pas absolu. La Loi se contente d'obliger le juge à ne le respecter que dans la mesure où le contact est compatible avec l'intérêt de l'enfant; si d'autres éléments révèlent que l'application du principe ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut et doit limiter le contact: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pp. 117 et 118, le juge McLachlin.

La diminution des contacts bénéfiques entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès ne commande pas à tout coup une modification du droit de garde ni une ordonnance qui interdit le déménagement de l'enfant. Si, selon toute vraisemblance, il sera plus adéquatement pourvu aux besoins de l'enfant si celui-ci demeure avec le parent gardien, et que cet élément compense pour la perte ou la diminution des contacts avec le parent ayant un droit d'accès, le juge devrait se garder de modifier la garde, et permettre le déménagement. Cela étant dit, le juge chargé de la révision doit garder à l'esprit que le législateur a précisé que le contact maximum avec le père et la mère est généralement dans l'intérêt de l'enfant.

(2) L'argument à l'appui d'une présomption favorable au parent gardien

La mère de l'enfant soutient que l'analyse de l'intérêt de l'enfant devrait reposer sur une présomption favorable au parent gardien. Il incomberait alors au parent ayant un droit d'accès de démontrer pourquoi demeurer avec le parent gardien n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. À mon avis, cette prétention doit échouer. Avant de me pencher sur les arguments soumis à l'appui et à l'encontre d'une présomption favorable au parent gardien, je crois cependant utile de revoir brièvement son évolution.

Au lendemain de l'adoption de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, ch. 24 (plus tard S.R.C.

25

26

27

judges expressed the view that a custodial parent should be permitted to move with the child provided the decision to move was reasonable and absent an agreement or court order to the contrary. This approach was first signalled in *Wright v. Wright, supra*, where relocation was considered in the context of a separation agreement which provided for reasonable access to the father, but permitted the mother to live "at such place as she shall think fit" (p. 324). From its limited recognition in *Wright*, the presumption came to be more generally endorsed in subsequent cases: *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (Ont. H.C.); *Wells v. Wells, supra*; *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (Ont. C.A.). To challenge successfully the custodial parent's right to remove the child from the jurisdiction, the access parent had first to show the existence of "special circumstances" which would indicate why the normal rule should not apply: "There is unassailable authority for the proposition that, in the absence of special circumstances, a parent who has custody has the right to remove the children without the permission of the other parent" (*Field v. Field, supra*, at p. 280, per Osler J.).

1970, ch. D-8), certains juges ont exprimé l'opinion qu'un parent gardien devrait être autorisé à déménager avec l'enfant pour autant que la décision de déménager soit raisonnable et qu'il n'existe aucune entente ni aucune ordonnance judiciaire l'interdisant. Ce point de vue a pour la première fois été signalé dans l'arrêt *Wright c. Wright*, précité, où le déménagement a été examiné dans le contexte d'une entente de séparation octroyant un droit d'accès raisonnable au père, mais permettant à la mère de vivre [TRADUCTION] «là où elle l'estimait opportun» (p. 324). À peine reconnue dans l'arrêt *Wright*, la présomption est devenue plus généralement acceptée dans les affaires subséquentes: *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (H.C. Ont.); *Wells c. Wells*, précité; *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (C.A. Ont.). Pour contester avec succès le droit du parent gardien d'amener l'enfant à l'extérieur d'un ressort, le parent ayant un droit d'accès devait d'abord établir l'existence de «circonstances spéciales» révélant pourquoi la règle normale ne devait pas s'appliquer: [TRADUCTION] «Des sources inattaquables permettent de soutenir qu'en l'absence de circonstances spéciales, le parent gardien a le droit de déplacer les enfants sans l'autorisation de l'autre parent» (*Field c. Field*, précité, à la p. 280, le juge Osler).

28

The 1985 *Divorce Act* now instructs courts that the interests of the parents are no longer relevant in custody determinations. As noted previously, the child's best interests are not merely "paramount", they are the only consideration. The revised Act also introduced statutory recognition of the principle that children generally benefit from contact with both parents. In the wake of these amendments, some judges began to question whether a presumption in favour of the custodial spouse should apply, and suggested that the only issue was whether the interests of the child would be better served by permitting the child to move with the custodial parent than by maintaining the status quo, where the move is contingent on the retention of custody, or transferring custody to the remaining parent: *Bennett v. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353 (Ont. Fam. Ct.), at p. 358; *Appleby v. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307 (Ont. H.C.), at

Conformément à la *Loi sur le divorce* de 1985, les tribunaux sont maintenant tenus de ne plus prendre en compte l'intérêt des parents dans les décisions relatives à la garde. Comme je l'ai signalé précédemment, l'intérêt de l'enfant n'est pas seulement «prépondérant», il est l'unique critère. La Loi révisée reconnaît également le principe que les enfants tirent généralement profit d'un contact avec les deux parents. À la suite de ces modifications, certains juges ont commencé à douter qu'il faille appliquer une présomption favorable à l'époux gardien, et ont donné à entendre que l'unique question était de savoir s'il était davantage dans l'intérêt de l'enfant de lui permettre de déménager avec le parent gardien que de maintenir le statu quo, lorsque le déménagement est subordonné au maintien de la garde, ou de confier la garde à l'autre parent: *Bennett c. Drouillard* (1988), 15 R.F.L. (3d) 353 (C. fam. Ont.), à la

p. 315; *T. (K.A.) v. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214 (Ont. U.F.C.).

The Ontario Court of Appeal weighed both views in *Carter v. Brooks*, *supra*. Morden A.C.J.O., speaking for the court, rejected the idea of a presumption in favour of the custodial parent. In his view, “[b]oth parents should bear an evidential burden” of showing where the best interests of the child lie. He agreed that while judges should accord a “reasonable measure of respect” to the views of the custodial parent, whose own best interests are relevant in determining those of the child, they should not be obliged to defer to the custodial parent as a matter of law. Rather, the judge should balance the relevant factors “without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have” (p. 63). The process should not “begin with a general rule that one of the parties will be unsuccessful unless he or she satisfies a specified burden of proof” (p. 63). In Morden A.C.J.O.’s view, “[t]his over-emphasizes the adversary nature of the proceeding and depreciates the Court’s *parens patriae* responsibility” (p. 63). He rejected the language of parental “rights” which coloured some earlier cases, stating (at p. 61):

... the only principle that governs is that of the best interests of the child and ... it does not assist in applying this principle to rely upon a mechanical proposition such as that quoted in *Landry* which includes the expression ‘*the right to remove*’. [Emphasis in original.]

Having rejected the notion of a presumption in favour of the custodial parent, Morden A.C.J.O. went on to identify a non-exhaustive list of factors relevant to the child’s best interests, including the existing custody arrangement, the closeness of the relationship between the child and access parent, the views of the child, the reason for the move, and the “maximum contact” principle of ss. 16(10) and 17(9) of the *Divorce Act*.

p. 358; *Appleby c. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3d) 307 (H.C. Ont.), à la p. 315; *T. (K.A.) c. T. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 214 (C.U.F. Ont.).

La Cour d’appel de l’Ontario a considéré les deux points de vue dans *Carter c. Brooks*, précité. S’exprimant au nom de la cour, le juge en chef adjoint Morden a écarté l’idée d’une présomption favorable au parent gardien. À son avis, [TRADUCTION] «[I]es deux parents devraient assumer le fardeau de la preuve» pour ce qui est d’établir l’intérêt de l’enfant. Il a convenu que, bien qu’ils soient tenus de [TRADUCTION] «respecter dans une mesure raisonnable» les opinions du parent gardien, dont l’intérêt est pertinent pour déterminer celui de l’enfant, les juges ne devraient pas être tenus en droit de s’en remettre au parent gardien. Au contraire, le juge doit soupeser les facteurs pertinents [TRADUCTION] «sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d’eux» (p. 63). L’analyse ne doit pas [TRADUCTION] «appliquer une règle générale portant que l’une des parties échouera à moins qu’elle ne s’acquitte d’un fardeau de la preuve particulier» (p. 63). De l’avis du juge Morden, [TRADUCTION] «[c]ela accentue excessivement la nature contradictoire de la procédure et atténue la responsabilité *parens patriae* de la cour» (p. 63). Il a refusé de parler de «droits» des parents, notion qui avait précédemment dénaturé certaines affaires et a ajouté (à la p. 61):

[TRADUCTION] ... le seul principe qui vaille est celui de l’intérêt de l’enfant et [...] aux fins de l’application de ce principe, il ne sert à rien de se fonder sur une proposition toute faite de la nature de celle qui est citée dans *Landry* et qui renferme l’expression «*le droit de déplacer*». [En italique dans l’original.]

Après avoir écarté l’idée d’une présomption favorable au parent gardien, le juge en chef adjoint Morden a établi une liste non exhaustive de facteurs pertinents en ce qui a trait à l’intérêt de l’enfant, notamment l’entente relative à la garde, l’intimité de la relation entre l’enfant et le parent ayant un droit d’accès, l’opinion de l’enfant, la raison du déménagement et le principe du «contact maximum» énoncé aux par. 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce*.

29

30

31 The same court revisited the issue in *MacGyver v. Richards, supra*. At stake was an order which conditioned the mother's retention of custody upon the child's continued residence in North Bay, Ontario, despite the mother's desire to move to Tacoma, Washington, to be with her fiancé. The court unanimously upheld the General Division's reversal of this order. Abella J.A., Grange J.A. concurring, argued for "particular sensitivity and a presumptive deference to the needs of the responsible custodial parent who, in the final analysis, lives the reality, not the speculation, of decisions dealing with the incidents of custody" (p. 444). She suggested that the court should be "overwhelmingly respectful of the decision-making capacity" of the custodial parent, and should defer to the exercise of those responsibilities "unless there is substantial evidence that those decisions impair the child's, not the access parent's, long-term well-being" (p. 445). Labrosse J.A. wrote concurring reasons applying the decision of the court in *Carter v. Brooks, supra*.

La même cour est revenue sur le sujet dans l'arrêt *MacGyver c. Richards*, précité. Dans cette affaire, une ordonnance posait comme condition pour que la mère conserve la garde que la résidence de l'enfant soit maintenue à North Bay (Ontario), en dépit de la volonté de la mère d'aller rejoindre son fiancé à Tacoma (Washington). La cour a maintenu à l'unanimité la décision de la Division générale d'annuler cette ordonnance. Le juge Abella, aux motifs de laquelle le juge Grange a souscrit, a invoqué la nécessité de faire preuve [TRADUCTION] «d'une sensibilité particulière et d'un respect présomptif à l'égard des besoins du parent gardien responsable qui, en fin de compte, vit avec les conséquences réelles, et non pas seulement hypothétiques, des décisions qui portent sur les attributs du droit de garde» (p. 444). Elle a donné à entendre que le tribunal doit être [TRADUCTION] «des plus respectueux à l'égard du pouvoir de décision» du parent gardien et doit s'en remettre à l'exercice de ces responsabilités [TRADUCTION] «à moins qu'il n'y ait une preuve substantielle que ces décisions portent atteinte au bien-être à long terme non pas du parent qui a un droit d'accès, mais de l'enfant» (p. 445). Dans des motifs concurrents, le juge Labrosse a appliqué la décision de la cour dans l'arrêt *Carter c. Brooks*, précité.

32 Although some have read *MacGyver* as a departure from *Carter v. Brooks* (see *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609 (Man. C.A.), at p. 614), the difference between the cases may not be as great as sometimes supposed. Both cases urge careful consideration of the views of the custodial parent: the court is directed to accord them "a reasonable measure of respect" in *Carter*, and an "overwhelming respect" or "presumptive deference" in *MacGyver*. Despite the stronger language of the majority in *MacGyver*, neither decision proposes a legal presumption in favour of the custodial parent. Most importantly, both cases emphasize that the only and ultimate standard against which to evaluate the evidence is the best interests of the child: see J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, at p. 435.

Bien que certains aient vu dans l'arrêt *MacGyver* une dérogation à l'arrêt *Carter c. Brooks* (voir *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609 (C.A. Man.), à la p. 614), l'écart entre ces deux affaires peut ne pas être aussi marqué qu'on le croit parfois. Toutes deux recommandent un examen minutieux des opinions du parent gardien: le tribunal doit les «respecter dans une mesure raisonnable» suivant l'arrêt *Carter*, et être «des plus respectueux» ou encore faire preuve d'un «respect présomptif» selon les termes de l'arrêt *MacGyver*. En dépit du langage plus fort utilisé par les juges majoritaires dans *MacGyver*, ni l'une ni l'autre décision ne propose une présomption qui, en droit, agirait en faveur du parent gardien. Qui plus est, les deux affaires soulignent que la seule et unique norme en fonction de laquelle on doit évaluer la preuve est l'intérêt de l'enfant: voir J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, à la p. 435.

Against this background, I turn to arguments for and against a presumption in favour of the custodial parent.

In support of a presumption in favour of the custodial parent, it is argued that determining the principal residence of the child is a normal incident of custody and the court should accordingly defer to the custodial parent. It is further argued that the personal freedom of the custodial parent requires that he or she be permitted to decide where to live. Yet another consideration is that the presumption would make the outcome of variation applications more predictable. Assuming that in most cases the decision of the custodial parent will be the best for the child, a presumption would ensure a certain uniformity of result that will accord with the best interests of most children. I will deal with each of these arguments in favour of a presumption in turn.

The first proposition is that the custodial parent should be able to choose the child's residence because he or she has the legal responsibility of making all decisions concerning the child. The general obligation and right of the custodial parent to decide where the child shall live is not in dispute. Barring a situation which amounts to a material change in circumstances, the custodial parent may take the child wherever he or she pleases. When, however, the proposed move amounts to a material change, Parliament has decreed that the access parent is entitled to ask a judge to review the matter. The custodial parent has the right to decide where the child shall live, but that right is subject to the right of the access parent to apply for a change in custody once a material change in circumstances is established. As M. J. Bailey notes in a comment on *Young v. Young*:

Regardless of the respective roles of custodial and access parents addressed so extensively by L'Heureux-Dubé J., the current law does allow for challenges by the access parent to decisions taken by the custodial parent,

À la lumière de ces considérations, je me pencherai maintenant sur les arguments qui ont été avancés à l'appui et à l'encontre d'une présomption favorable au parent gardien.

À l'appui d'une présomption favorable au parent gardien, on soutient que le choix de la résidence principale de l'enfant est un attribut normal de la garde, et que le tribunal devrait par conséquent s'en remettre au parent gardien. On fait également valoir que le parent gardien doit être autorisé, au nom de la liberté individuelle dont il jouit, à décider de l'endroit où il souhaite vivre. De même, soutient-on, la présomption rendrait l'issue des requêtes en modification prévisible. Si on suppose que, dans la plupart des cas, la décision du parent gardien sera dans l'intérêt de l'enfant, une présomption garantirait une certaine uniformité de résultat compatible avec l'intérêt de la plupart des enfants. J'aborderai tour à tour chacun de ces arguments en faveur de l'existence d'une présomption.

Suivant le premier argument, le parent gardien devrait être en mesure de choisir le lieu de résidence de l'enfant parce qu'il assume la tâche légale de prendre toutes les décisions qui concernent l'enfant. Il n'est pas contesté que le parent gardien a l'obligation générale et le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. À moins qu'une circonstance équivaille à un changement important dans la situation, le parent gardien peut amener l'enfant là où il l'entend. Toutefois, lorsque le déménagement prévu équivaut à un changement important, le législateur a prescrit que le parent titulaire d'un droit d'accès a le droit de demander à un juge de revoir l'affaire. Le parent gardien ne peut décider du lieu de résidence de l'enfant que sous réserve du droit du parent ayant un droit d'accès de demander une modification de la garde une fois établie l'existence d'un changement important dans la situation. Ainsi que M. J. Bailey le signale dans son commentaire sur l'arrêt *Young c. Young*:

[TRADUCTION] Peu importe les rôles respectifs des parents gardiens et des parents ayant un droit d'accès, sur lesquels s'est penchée si longuement le juge L'Heureux-Dubé, le droit actuel permet effectivement

33

34

35

and it allows custodial parents to seek restrictions on access. In both cases, the best interests of the child is the relevant criterion, and the authority of the custodial parent is not the issue.

(M. J. Bailey, "Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*" (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317, at p. 340.)

36 It is thus no answer to an inquiry into the best interests of the child triggered by the material change to argue that the custodial parent has the right and responsibility to decide where the child shall live. The demonstration of a material change places that right at issue. The judge will normally place great weight on the views of the custodial parent, who may be expected to have the most intimate and perceptive knowledge of what is in the child's interest. The judge's ultimate task, however, is to determine where, in light of the material change, the best interests of the child lie.

37 The wording of the *Divorce Act* belies the need to defer to the custodial parent; rather, the Act has expressly stipulated that the judge hearing the application should be concerned only with the best interests of the child. The rights and interests of the parents, except as they impact on the best interests of the child, are irrelevant. Material change established, the question is not whether the rights of custodial parents can be restricted; the only question is the best interests of the child. Nor does the great burden borne by custodial parents justify a presumption in their favour. Custodial responsibilities curb the personal freedom of parents in many ways. The Act is clear. Once a material change is established, the judge must review the matter anew to determine the best interests of the child.

38 The argument that a presumption would render the law more predictable in a way which would do justice in the majority of cases and reduce conflict

au parent ayant un droit d'accès de contester des décisions prises par le parent gardien, et il permet aux parents gardiens de demander que des restrictions soient imposées au droit d'accès. Dans les deux cas, l'intérêt de l'enfant est le critère pertinent, et l'autorité du parent gardien n'est pas en cause.

(M. J. Bailey, «Custody, Access and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*» (1994), 11 *C.F.L.Q.* 317, à la p. 340.)

Il ne sert donc à rien de soutenir, à l'encontre de l'analyse de l'intérêt de l'enfant déclenchée par le changement important, que le parent gardien a le droit et la responsabilité de décider du lieu de résidence de l'enfant. La démonstration de l'existence d'un changement important remet ce droit en cause. Le juge accordera normalement une grande valeur à l'opinion du parent gardien, que l'on présume être celui qui connaît le plus intimement l'enfant et est le mieux placé pour déterminer ce qui est dans son intérêt. Cependant, la tâche cruciale du juge consiste à déterminer ce qui, compte tenu du changement important, est dans l'intérêt de l'enfant.

Le libellé de la *Loi sur le divorce* ne confirme pas la nécessité de s'en remettre au parent gardien; la Loi a plutôt explicitement prescrit que le juge qui entend la requête ne doit être guidé que par l'intérêt de l'enfant. Les droits et l'intérêt des parents ne seront pertinents que s'ils ont une incidence sur l'intérêt de l'enfant. Une fois établie l'existence d'un changement important, la question n'est pas de savoir si les droits des parents gardiens peuvent être restreints, mais plutôt uniquement de savoir quel est l'intérêt de l'enfant. Le lourd fardeau qui incombe aux parents gardiens ne justifie pas non plus l'existence d'une présomption en leur faveur. Les responsabilités en matière de garde restreignent la liberté individuelle des parents à plus d'un titre. La Loi est claire. Une fois qu'on a établi l'existence d'un changement important, le juge doit revoir l'affaire d'un œil nouveau afin de déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant.

Échoue également au regard de la *Loi sur le divorce* l'argument portant qu'une présomption rendrait le droit davantage prévisible d'une façon

damaging to the child between the former spouses also founders on the rock of the *Divorce Act*. The Act contemplates individual justice. The judge is obliged to consider the best interests of the particular child in the particular circumstances of the case. Had Parliament wished to impose general rules at the expense of individual justice, it could have done so. It did not. The manner in which Parliament has chosen to resolve situations which may not be in the child's best interests should not be lightly abjured. Even if it could be shown that a presumption in favour of the custodial parent would reduce litigation that would not imply a reduction in conflict. The short-term pain of litigation may be preferable to the long-term pain of unresolved conflict. Foreclosing an avenue of legal redress exacts a price; it may, in extreme cases, even impel desperate parents to desperate measures in contravention of the law. A presumption would do little to reduce the underlying conflict endemic in custody disputes. As Bailey, *supra*, remarks (at p. 339):

... under the existing law the access parent may challenge decisions taken by the custodial parent, regardless of whether the access parent has decision-making power or not. If this power to challenge were made less meaningful by presumptive deference to the custodial parent, the result would not be to minimize conflict, but to disallow or inhibit challenges to the custodial parent.

Having considered the arguments supporting a presumption in favour of the custodial parent, I turn to those raised against it. The first stumbling block is the wording of the *Divorce Act* itself. As noted, the Act makes no reference to such a presumption. Indeed, the logic of the Act negates it. Parliament has decreed that a two-stage procedure must be used to decide applications for variation of custody and access orders: the threshold condition of establishing a material change in the circumstances or needs of the child and the ability of the parents to meet them; followed, if met, by a fresh inquiry into the best interests of the child. In

équitable dans la majorité des cas et réduirait les conflits entre les ex-conjoints qui sont préjudiciables aux enfants. La Loi s'intéresse à la justice individuelle. Le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant dont il s'agit, en fonction des circonstances propres à l'affaire. Si le législateur avait souhaité imposer des règles générales au dépens de la justice individuelle, il aurait pu le faire. Mais il ne l'a pas fait. Le mode de résolution privilégié par le législateur dans les situations qui risquent de ne pas être dans l'intérêt de l'enfant ne devrait pas être mis de côté inconsidérément. Même si l'on arrivait à démontrer qu'une présomption en faveur du parent gardien aurait pour effet de réduire les litiges, cela n'implique aucune diminution des conflits. La souffrance de courte durée qu'engendrent les litiges est peut-être préférable à la souffrance que causent à long terme les conflits non résolus. Écarter une avenue de recours légaux n'est pas sans conséquence; il se peut que, dans des situations extrêmes, des parents désespérés soient poussés à recourir à des mesures désespérées en contravention de la loi. Une présomption ne permettrait guère d'atténuer la discorde endémique qui soutend les conflits relatifs à la garde. Ainsi que le fait observer Bailey, *loc. cit.*, à la p. 339:

[TRADUCTION] ... sous le régime du droit actuel, le parent ayant un droit d'accès peut contester les décisions prises par le parent gardien, peu importe que le parent qui jouit d'un droit d'accès détienne ou non un pouvoir décisionnel. Si ce pouvoir de contester était amoindri par une présomption de respect en faveur du parent gardien, on en viendrait non pas à réduire les conflits, mais plutôt à rejeter ou à entraver toute contestation contre le parent gardien.

Ayant examiné les arguments formulés à l'appui d'une présomption en faveur du parent gardien, je me pencherai maintenant sur ceux qui ont été soulevés à son encontre. La première pierre d'achoppement est le libellé de la *Loi sur le divorce* elle-même. Ainsi qu'il a été mentionné, la Loi ne fait nulle part mention d'une telle présomption. En fait, la logique de la Loi en nie l'existence. Le législateur a établi une procédure à deux volets à laquelle on doit avoir recours pour trancher les requêtes en modification des ordonnances de garde et d'accès: établir d'abord qu'il est survenu un changement important dans la situation ou les besoins de l'en-

imposing the threshold requirement of demonstrating a material change of circumstances, Parliament has laid a special burden on the party seeking variation, often the access parent. If the access parent meets that burden, the judge must then enter into a fresh inquiry as to where the best interests of the child lie. If Parliament intended to place yet another special burden on the access parent at the second stage, one would have expected it to say so.

40 Until a material change in the circumstances of the child is demonstrated, the best interests of the child are rightly presumed to lie with the custodial parent. The finding of a material change effectively erases that presumption. The judge is then charged with the fresh responsibility of determining the child's best interests "by reference to that change". To reinstate the presumption in favour of the custodial parent at this stage would derogate from the finding that the child's interests may, by reason of the change, no longer be best protected or advanced by the earlier order. It would be to reinforce the earlier order when its continuing propriety is the very issue placed before the court. This in turn would depreciate potential adverse effects of the established material change. In short, the two-stage procedure required by the *Divorce Act* supports the view of Morden A.C.J.O. in *Carter v. Brooks, supra*, that once the applicant has discharged the burden of showing a material change in circumstances, "[b]oth parents should bear an evidential burden" of demonstrating where the best interests of the child lie (p. 63).

41 A second argument against a presumption in favour of the custodial parent is its potential effect. If the presumption is to be introduced in cases based on relocation, it would seem as a matter of principle that it should be introduced in all applications for variation of custody and access. Again,

fant et dans la capacité des parents d'y pourvoir; et, dans un deuxième temps, si le premier volet est franchi, procéder à une nouvelle analyse de l'intérêt de l'enfant. En exigeant que l'on prouve d'abord qu'il est survenu un changement important dans la situation, le législateur a imposé à la partie requérante, fréquemment le parent ayant un droit d'accès, un fardeau spécial. Si le parent ayant un droit d'accès s'acquitte de ce fardeau, le juge doit alors vérifier à nouveau quel est l'intérêt de l'enfant. Si le législateur avait eu l'intention d'imposer à la seconde étape un autre fardeau spécial au parent ayant un droit d'accès, on peut supposer qu'il l'aurait précisé.

Tant que l'existence d'un changement important dans la situation de l'enfant n'est pas établie, on présume à juste titre qu'il est dans l'intérêt de celui-ci de demeurer avec le parent gardien. Si l'on conclut à l'existence d'un changement important, cette présomption ne vaut plus. Le juge doit alors assumer la tâche de déterminer de nouveau l'intérêt de l'enfant «en fonction de ce changement». Rétablir la présomption favorable au parent gardien à cette étape saperait la conclusion que, en raison du changement, l'ordonnance précédente risque de ne plus assurer ni favoriser l'intérêt de l'enfant. Cela reviendrait à rétablir l'ordonnance précédente alors que son opportunité est la question même dont la cour est saisie. On déprécierait ainsi les effets potentiellement préjudiciables du changement important dont on a établi l'existence. Bref, la procédure à deux volets établie par la *Loi sur le divorce* appuie l'opinion du juge en chef adjoint Morden dans *Carter c. Brooks*, précité, selon laquelle, une fois que le requérant s'est acquitté de son fardeau de prouver l'existence d'un changement important dans la situation, [TRADUCTION] «[l]es deux parents devraient assumer le fardeau de la preuve» pour ce qui est d'établir l'intérêt de l'enfant (p. 63).

On invoque en deuxième lieu à l'encontre d'une présomption favorable au parent gardien, son effet potentiel. Si la présomption doit être invoquée dans les affaires qui concernent un déménagement, il semble qu'en principe elle doive être introduite dans toutes les requêtes en modification de la

had Parliament so intended, why would it not have said so?

A third argument against a presumption has been touched on in discussing the arguments raised in support of a presumption in favour of the custodial parent. This is the fact that Parliament has placed the duty of ascertaining the best interests of the child on the judge, not the custodial parent. To the extent that the judge is required, as a matter of law, to defer to the opinion of the custodial parent, the judge is required to cede part of the responsibility that Parliament has placed upon the judge and the judge alone. As Morden A.C.J.O. put it in *Carter v. Brooks*, it “is for the Court to weigh and balance the factors which are relevant in the particular circumstances of the case at hand, without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have” (p. 63). (Emphasis added.) To “begin with a general rule that one of the parties will be unsuccessful unless he or she satisfies a specified burden of proof... depreciates the Court’s *parens patriae* responsibility” (p. 63).

A fourth argument militating against the adoption of a presumption in favour of the custodial parent is its tendency to render the inquiry more technical and adversarial than necessary. The effect of the presumption might be to deflect the inquiry from the facts relating to the child’s needs and the parents’ ability to meet them to legal issues relating to whether the requisite burden of proof has been met. Instead of both parties simply presenting evidence on what is best for the child, the focus might shift to who has proved what. In this sense, the process may be seen as more inquisitorial than adversarial, “over-emphasiz[ing] the adversary nature of the proceeding”, to quote Morden A.C.J.O. in *Carter v. Brooks*, *supra*, at p. 63.

Fifthly and most importantly, a presumption in favour of the custodial parent has the potential to impair the inquiry into the best interests of the

garde et du droit d’accès. Encore une fois, si le législateur avait eu cette intention, pourquoi n’en aurait-il pas fait mention?

On a fait allusion à un troisième argument invoqué à l’encontre de la présomption dans l’analyse des arguments soulevés à l’appui d’une présomption favorable au parent gardien. Cet argument réside dans le fait que le législateur a confié au juge, et non au parent gardien, la tâche d’assurer l’intérêt de l’enfant. Dans la mesure où il est tenu, en droit, de s’en remettre à l’opinion du parent gardien, le juge doit céder une partie de la responsabilité que le législateur lui a confiée à lui seul. Ainsi que le juge en chef adjoint Morden l’écrit dans *Carter c. Brooks*, il convient que [TRADUCTION] «la cour soupèse et pondère les facteurs qui sont pertinents dans les circonstances particulières de l’affaire, sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d’eux» (p. 63). (Je souligne.) «[A]ppliquer une règle générale portant que l’une des parties échouera à moins qu’elle ne s’acquitte d’un fardeau de la preuve particulier [...] atténue la responsabilité *parens patriae* de la cour» (p. 63).

On soutient en quatrième lieu à l’encontre d’une présomption favorable au parent gardien qu’elle tend à rendre l’analyse plus formaliste et accusatoire que nécessaire. La présomption pourrait avoir pour effet de centrer l’analyse non plus sur les faits qui se rapportent aux besoins de l’enfant et à la capacité des parents d’y pourvoir, mais sur les questions juridiques visant à déterminer si les parties se sont acquittées du fardeau de la preuve requis. Plutôt que de veiller à ce que les deux parties présentent simplement des éléments de preuve sur ce qui est préférable pour l’enfant, on risque de chercher surtout à savoir qui a prouvé quoi. En ce sens, on pourrait dire de la procédure qu’elle est davantage inquisitoire qu’accusatoire, en ce qu’elle «accentue excessivement la nature contradictoire de la procédure», pour reprendre les propos du juge en chef adjoint Morden dans *Carter c. Brooks*, précité, à la p. 63.

Cinquièmement, et fait plus important encore, la présomption favorable au parent gardien est susceptible de compromettre l’analyse de l’intérêt de

42

43

44

child. This inquiry should not be undertaken with a mindset that defaults in favour of a preordained outcome absent persuasion to the contrary. It may be that in most cases the opinion of the custodial parent will reflect the best interests of the child. In such cases, the presumption might do no harm. But Parliament did not entrust the court with the best interests of most children; it entrusted the court with the best interests of the particular child whose custody arrangements fall to be determined. Each child is unique, as is its relationship with parents, siblings, friends and community. Any rule of law which diminishes the capacity of the court to safeguard the best interests of each child is inconsistent with the requirement of the *Divorce Act* for a contextually sensitive inquiry into the needs, means, condition and other circumstances of "the child" whose best interests the court is charged with determining. "[G]eneral rules that do not admit of frequent exceptions can[not] evenly and fairly accommodate all of the varying circumstances that can present themselves": *per Morden A.J.C.O. in Carter v. Brooks, supra*, at p. 62. The inquiry is an individual one. Every child is entitled to the judge's decision on what is in its best interests; to the extent that presumptions in favour of one parent or the other predetermine this inquiry, they should be rejected: "No matter what test or axiom one adopts from the many and varied reported decisions on this subject, each case must, in the final analysis, fall to be determined on its particular facts and, on those facts, in which way are the best interests of the children met" (*Appleby v. Appleby, supra*, at p. 315).

l'enfant. On ne devrait pas entreprendre cette analyse avec un état d'esprit qui s'incline devant une issue prédéterminée en l'absence d'une conviction contraire. Il se peut que, dans la plupart des cas, l'opinion du parent gardien reflète l'intérêt de l'enfant. La présomption pourrait alors ne causer aucun tort. Mais le législateur n'a pas laissé l'intérêt de la plupart des enfants au soin du tribunal; il a confié à ce dernier l'intérêt d'un enfant donné, à l'égard duquel les modalités de la garde doivent être déterminées. Chaque enfant est unique, comme l'est sa relation avec ses parents, ses frères et sœurs, ses amis et son milieu en général. Toute règle de droit ayant pour effet de miner la capacité de la cour de protéger l'intérêt de chaque enfant va à l'encontre des dispositions de la *Loi sur le divorce*, qui commandent une analyse à la fois sensible et contextuelle des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'«enfant» dont l'intérêt doit être déterminé par la cour. [TRADUCTION] «[L]es règles générales qui rejettent les fréquentes exceptions [ne peuvent] accommoder équitablement et uniformément les diverses situations susceptibles de se présenter»: le juge en chef adjoint Morden dans *Carter c. Brooks*, précité, à la p. 62. L'analyse est individuelle. Chaque enfant a droit à ce que le juge détermine ce qui est dans son intérêt; dans la mesure où les présomptions favorables à l'un ou à l'autre parent prédéterminent cette analyse, elles doivent être écartées: [TRADUCTION] «Peu importe le critère ou l'axiome que l'on dégage des nombreuses et différentes décisions publiées sur ce sujet, chaque cas doit, en définitive, être tranché suivant les faits qui lui sont propres, et il s'agit de déterminer, d'après ces faits, de quelle façon il sera satisfait à l'intérêt de l'enfant» (*Appleby c. Appleby*, précité, à la p. 315).

45

A presumption in favour of the custodial parent may also impair the inquiry into the best interests of the child by undervaluing changes in the respective relationships between the child and its parents between the time of the custody order and the application for variation. The *Divorce Act's* provision for variation of custody and access orders recognizes that the child's needs and the parents' ability to meet them may change with time and circumstance, and may require corresponding

La présomption favorable au parent gardien peut également compromettre l'analyse de l'intérêt de l'enfant puisque l'on sous-estimerait l'effet des changements survenus dans les relations entre l'enfant et chacun de ses parents entre le moment où l'ordonnance de garde a été rendue et celui où la requête en modification est présentée. La disposition de la *Loi sur le divorce* qui prévoit la modification des ordonnances de garde et d'accès reconnaît que les besoins de l'enfant et la capacité de ses

changes in custody and access arrangements. Children grow and mature, articulating new priorities and placing new demands on their parents. To the extent that the proposed presumption would give added weight to the arrangement imposed by the original custody order, it may diminish the weight accorded to the child's new needs and the ability of each parent to meet them. Consequently, its operation might be dangerous in a case, for example, where in the period following trial the access parent has demonstrated the desire, aptitude and temperament to assume a greater role in meeting the needs of the child, and the custodial parent has evinced a corresponding inability to do so.

Finally, the proposed presumption in favour of the custodial parent may be criticized on the ground that it tends to shift the focus from the best interests of the child to the interests of the parents. As mentioned earlier, underlying much of the argument for the presumption is the suggestion that the custodial parent has the "right" to move where he or she pleases and should not be restricted in doing so by the desire of the access parent to maintain contact with the child. However, the *Divorce Act* does not speak of parental "rights": see *Young v. Young, supra*. The child's best interest must be found within the practical context of the reality of the parents' lives and circumstances, one aspect of which may involve relocation. But to begin from the premise that one parent has the *prima facie* right to take the child where he or she wishes may unduly deflect the focus from the child to its parents.

For these reasons, I would reject the submission that there should be a presumption in favour of the custodial parent in applications to vary custody and access resulting from relocation of the custodial parent. The parent seeking the change bears the initial burden of demonstrating a material change of circumstances. Once that burden has

parents d'y pouvoir peuvent changer avec le temps et les circonstances, et peuvent commander des changements correspondants dans les ententes sur la garde et l'accès. Au fur et à mesure qu'ils grandissent et acquièrent de la maturité, les enfants formulent de nouvelles priorités et manifestent de nouvelles exigences à leurs parents. Dans la mesure où la présomption proposée ajoute du poids à l'arrangement imposé par l'ordonnance de garde initiale, elle risque d'atténuer l'importance accordée aux nouveaux besoins de l'enfant et à la capacité de chaque parent d'y pourvoir. Son application pourrait donc être périlleuse dans le cas où, par exemple, dans la période qui suit le procès, le parent ayant un droit d'accès a démontré qu'il désirait assumer un rôle accru pour ce qui est de pourvoir aux besoins de l'enfant, et qu'il en avait la capacité et le tempérament, alors que le parent gardien a démontré qu'il était incapable de le faire.

Enfin, la présomption favorable au parent gardien que l'on propose prête le flanc à la critique en ce qu'elle tend à accorder de l'importance non pas à l'intérêt de l'enfant, mais à celui des parents. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'argument en faveur de la présomption est fondé principalement sur la thèse que le parent gardien a le «droit» d'aller là où il désire et ne devrait pas être restreint de le faire par le désir du parent ayant un droit d'accès de maintenir le contact avec l'enfant. Or, la *Loi sur le divorce* ne parle pas de «droits» parentaux: voir *Young c. Young, précité*. L'intérêt de l'enfant doit trouver sa place au milieu de la réalité pratique de la vie et de la situation des parents, dont un aspect peut impliquer le déménagement. Par contre, partir de l'idée qu'un parent a à première vue le droit d'amener l'enfant là où il le souhaite risque de détourner injustement l'attention de l'intérêt de l'enfant en faveur de celui de ses parents.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la prétention que le parent gardien devrait bénéficier d'une présomption dans le cadre des requêtes en modification de la garde et de l'accès qui découlent de son déménagement. Le parent qui demande une modification assume le fardeau initial de démontrer qu'il est survenu un changement impor-

been discharged, the judge must embark on a fresh inquiry in light of the change and all other relevant factors to determine the best interests of the child. There is neither need nor place to begin this inquiry with a general rule that one of the parties will be unsuccessful if he or she fails to satisfy a specified burden of proof.

48 While a legal presumption in favour of the custodial parent must be rejected, the views of the custodial parent, who lives with the child and is charged with making decisions in its interest on a day-to-day basis, are entitled to great respect and the most serious consideration. The decision of the custodial parent to live and work where he or she chooses is likewise entitled to respect, barring an improper motive reflecting adversely on the custodial parent's parenting ability.

C) Summary

49 The law can be summarized as follows:

1. The parent applying for a change in the custody or access order must meet the threshold requirement of demonstrating a material change in the circumstances affecting the child.
2. If the threshold is met, the judge on the application must embark on a fresh inquiry into what is in the best interests of the child, having regard to all the relevant circumstances relating to the child's needs and the ability of the respective parents to satisfy them.
3. This inquiry is based on the findings of the judge who made the previous order and evidence of the new circumstances.
4. The inquiry does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent's views are entitled to great respect.
5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case.

tant dans la situation. Après s'être acquitté de ce fardeau, le juge doit procéder à une nouvelle analyse qui tient compte du changement et de tous les autres facteurs pertinents pour déterminer quel est l'intérêt de l'enfant. Il n'est ni nécessaire ni approprié d'entreprendre cette analyse en se fondant sur une règle générale portant qu'une des parties échouera si elle ne réussit pas à s'acquitter d'un fardeau de la preuve particulier.

S'il convient de rejeter toute présomption légale en faveur du parent gardien, il y a toutefois lieu d'accorder le plus grand respect et la plus grande considération aux opinions du parent gardien, qui vit avec l'enfant et assume quotidiennement la tâche de prendre des décisions qui sont dans son intérêt. La décision du parent gardien de vivre et de travailler là où il l'entend doit elle aussi être respectée, sauf si elle repose sur un motif injustifié qui nuit à la capacité du parent gardien d'agir à titre de parent.

C) Résumé

Le droit peut se résumer ainsi:

1. Le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant.
2. Si cette première étape est franchie, le juge qui entend la requête doit de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes relativement aux besoins de l'enfant et à la capacité de chacun des parents d'y pourvoir.
3. Cette analyse repose sur les conclusions tirées par le juge qui a prononcé l'ordonnance précédente et sur la preuve de la nouvelle situation.
4. L'analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect à l'opinion de ce dernier.
5. Chaque cas dépend de ses propres circonstances. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire.

6. The focus is on the best interests of the child, not the interests and rights of the parents.

7. More particularly the judge should consider, *inter alia*:

(a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent;

(b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent;

(c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents;

(d) the views of the child;

(e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;

(f) disruption to the child of a change in custody;

(g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know.

In the end, the importance of the child remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new?

V. Application of the Test to this Case

The threshold requirement of material change in the circumstances of the child and the parents' ability to meet them was established by the mother's intended move to Australia and the consequent disruption of the child's life and diminution of the father's contact with her. The terms of the order of Carter J. were premised on the child's residence remaining within a reasonable distance of the access parent. The move would clearly breach this provision. Accordingly, the trial judge

6. L'accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.

7. Plus particulièrement, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants:

a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien;

b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit;

c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents;

d) l'opinion de l'enfant;

e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant;

f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde;

g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué.

En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci: quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes?

V. Application du critère en l'espèce

L'exigence préliminaire du changement important dans la situation de l'enfant et dans la capacité des parents de pourvoir à ses besoins a été établie par le déménagement prévu de la mère en Australie et la perturbation qu'il a engendrée dans la vie de l'enfant ainsi que la diminution des contacts entre le père et l'enfant. Les modalités de l'ordonnance du juge Carter reposaient sur le maintien de la résidence de l'enfant dans un rayon raisonnable de la résidence du parent ayant un droit d'accès. Le

was required to embark on a fresh appraisal of the best interests of the child.

52 The reasons of the trial judge fall short of demonstrating that he engaged in the full and sensitive inquiry into the best interests of the child required by s. 17 of the *Divorce Act*. He mentioned only one factor in support of his decision: that he “relied heavily” on the reasons of Carter J., who had already concluded that the mother was the “proper person to have custody of th[e] child”. Other factors, such as the child’s relationship with her father, her extended family and her Saskatchewan community, were not mentioned. No reference was made to the circumstances prevailing after the trial, the current needs and desires of the child, or the respective abilities of each parent to meet them. One may speculate that the trial judge, having heard full argument, had such factors in his mind when he made his decision in favour of the mother. But one may equally infer that the necessary fresh inquiry was not fully undertaken. In either event, it seems clear that the trial judge failed to give sufficient weight to all relevant considerations (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 77), and it is therefore appropriate for this Court to review the decision and, should it find the conclusion unsupported on the evidence, vary the order accordingly.

53 This case requires the Court to balance the benefits derived from continuing custody with the mother against the desirability of maintaining generous contact between the child and her father, as well as her extended Canadian family and her Canadian community. The fact that the child has been in the custody of the mother for some years, that the reasons for initially granting the mother custody have not been shown to have substantially changed, and that a change of custody at this time would probably be highly disruptive to her, argue in favour of the mother retaining custody. On the other hand, the child’s access to her father, with

déménagement violant manifestement cette disposition, le juge de première instance était tenu d’effectuer une nouvelle analyse de l’intérêt de l’enfant.

On ne peut conclure à partir de ses motifs qu’il a effectué une analyse complète et sensible de l’intérêt de l’enfant comme le requiert l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Il n’a mentionné qu’un seul facteur à l’appui de sa décision: qu’il s’est «fortement appuyé» sur les motifs du juge Carter, qui avait déjà conclu que c’est à la mère «qu’il convient de confier la garde de l’enfant». D’autres facteurs, comme la relation de l’enfant avec son père, sa famille élargie et son milieu en Saskatchewan, n’ont pas été mentionnés. Aucune mention n’a été faite non plus de la situation qui existait après le procès, des besoins et des désirs actuels de l’enfant, ou de la capacité de chaque parent d’y pourvoir. On pourrait supposer qu’après avoir entendu les plaidoiries le juge de première instance a tenu compte de tous ces facteurs avant de statuer en faveur de la mère. Mais on pourrait tout aussi bien inférer qu’il n’a pas effectué de façon exhaustive la nouvelle analyse requise. Quoi qu’il en soit, il semble évident que le juge de première instance n’a pas accordé suffisamment d’importance à toutes les considérations pertinentes (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 77), de sorte qu’il convient que notre Cour révise la décision et, si elle conclut que la preuve n’appuie pas la conclusion, qu’elle modifie l’ordonnance en conséquence.

Dans la présente affaire, la Cour doit évaluer les avantages de laisser la garde à la mère en fonction de l’opportunité de maintenir un contact généreux entre l’enfant et son père, ainsi que sa famille élargie et le milieu auquel elle appartient au Canada. Le fait que l’enfant a été confiée à la garde de la mère il y a déjà quelques années, qu’il n’a pas été démontré que les motifs pour lesquels la garde a initialement été confiée à la mère ont sensiblement changé, et qu’un changement dans la garde à ce moment-ci perturberait probablement beaucoup l’enfant, milite en faveur du maintien de la garde à la mère. Par contre, l’accès du père auprès de l’en-

whom she enjoyed a close relationship, has been greatly diminished as a consequence of her mother's move, and the child has been removed from her extended family and community in Canada. These factors are somewhat attenuated, however, by the fact that the father has the means to travel to Australia and spend time with the child, and that she could return to Canada for periodic visits with her family and community in Saskatchewan if the terms of access were varied.

Taking all these factors into account, I am of the view that the trial judge did not err in continuing the mother's custody of the child, notwithstanding her intended move to Australia. I find no support in the evidence, however, for restricting the father's access to Australia. Access in Canada would have the advantage of making the father's limited time with the child more natural while it allows her to maintain contact with friends and extended family. Accordingly, I would uphold the custody order and vary the access order to provide for access to be exercisable in Canada. I would add that both parents should equally share the cost of sending her to Canada, in that both have ample means. If the parties cannot agree on the details of access on these terms, or the necessary financial arrangements, they may apply to the Saskatchewan Court of Queen's Bench for direction.

VI. Conclusion

I would affirm the order of the trial judge granting the respondent custody. I would allow the appeal in part, to permit the father to exercise access to the child in Canada on the terms set out above. The parties will bear their own costs throughout.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

fant, avec qui il entretenait une relation étroite, a été grandement diminué du fait du déménagement de la mère, et l'enfant a été privée de sa famille élargie et du milieu dans lequel elle vivait au Canada. Ces facteurs sont d'une certaine façon atténués toutefois par le fait que le père a les moyens de se rendre en Australie et d'y passer du temps avec l'enfant, et que celle-ci pourrait revenir au Canada pour des visites temporaires dans sa famille et dans son milieu en Saskatchewan si les modalités du droit d'accès étaient modifiées.

Compte tenu de tous ces facteurs, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en laissant la garde de l'enfant à la mère en dépit de son déménagement prévu en Australie. Je ne vois cependant rien dans la preuve qui justifie que le droit d'accès du père se limite à l'Australie. Si ce droit était exercé au Canada, les moments que le père passe avec l'enfant seraient plus naturels et l'enfant pourrait maintenir un contact avec ses amis et sa famille élargie. En conséquence, je suis d'avis de maintenir l'ordonnance de garde et de modifier l'ordonnance relative au droit d'accès pour permettre que ce droit soit exercé au Canada. J'ajouterais que les parents devraient également les coûts de déplacement de l'enfant puisque tous les deux en ont amplement les moyens. Si les parties sont incapables de s'entendre sur les détails du droit d'accès en fonction des présentes modalités, ou sur les arrangements financiers nécessaires, elles peuvent s'adresser à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan pour obtenir des directives.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de confirmer l'ordonnance du juge de première instance qui a confié la garde de l'enfant à l'intimée. Je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi en partie pour permettre au père d'exercer son droit d'accès auprès de l'enfant au Canada suivant les modalités déjà formulées. Les parties assumeront leurs propres dépens dans toutes les cours.

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

56 L'HEUREUX-DUBÉ J. — At the heart of this case is the notion of custody of children as regards a change of residence of the custodial parent.

57 My colleague McLachlin J. concludes that, on the facts of this case, the trial judge was correct in upholding the respondent mother's custody of the child despite her intended move to Australia, but that he erred in confining the exercise of the appellant father's access to the child to Australia. I agree, but arrive at this conclusion via a different analysis

58 Since the facts and judgments are recounted in my colleague's opinion, for a better understanding of what follows, a brief recall will suffice.

59 The custody of the now seven-year-old daughter of the parties was entrusted to the respondent upon the divorce of the parties on February 26, 1993, after an eight-day trial which dealt primarily with the issues of custody of the child and division of matrimonial property: (1993), 111 Sask. R. 1 (Q.B.). Both parties resided at the time in Saskatoon. While the custody order provides for specified access to the appellant, it contains no restrictions as to the respondent's exercise of the full panoply of custody rights.

60 Since then, the respondent has moved with her daughter to Australia where she studies orthodontics. When informed by the respondent of her intended change of residence in early November 1994, the appellant applied for custody of his daughter or, alternatively, for an order to prevent the respondent from removing the child from Saskatoon. The respondent cross-applied for a variation of the access order to accommodate her move to Australia with the child. The appellant's application was denied and the access order was varied to allow the respondent to move to Australia with the child while granting the appellant "liberal and generous access" on one month's notice to be exercised in Australia only: Sask. Q.B., December 30,

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le concept de garde d'enfant, dans le contexte d'un changement de résidence du parent gardien, est au cœur du présent pourvoi.

Ma collègue Madame le juge McLachlin conclut que, compte tenu des faits de l'espèce, le juge de première instance a eu raison de conserver la garde de l'enfant à sa mère, l'intimée, en dépit de son intention de déménager en Australie, mais qu'il a eu tort de confiner à l'Australie l'exercice du droit de visite du père, l'appellant. Je suis d'accord, mais je parviens à cette conclusion par une voie différente.

Comme ma collègue expose les faits et les jugements dans ses motifs, il suffira de les rappeler brièvement pour une meilleure compréhension de ce qui suit.

La garde de la fillette, maintenant âgée de sept ans, a été confiée à l'intimée lors du divorce des parties le 26 février 1993, au terme d'un procès de huit jours qui a porté principalement sur la garde de l'enfant et le partage des biens matrimoniaux: (1993), 111 Sask. R. 1 (B.R.). À l'époque, les deux parties résidaient à Saskatoon. Bien qu'elle ait conféré à l'appellant un droit de visite précis, l'ordonnance de garde ne restreignait aucunement l'exercice par l'intimée de l'intégralité de son droit de garde.

Depuis lors, l'intimée a déménagé avec sa fille en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie. Lorsque, tôt en novembre 1994, l'intimée l'a informé de son intention de changer de résidence, l'appellant a réclamé la garde de sa fille ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à l'intimée de l'amener à l'extérieur de Saskatoon. Par requête incidente, l'intimée a demandé la modification de l'ordonnance relative aux droits de visite afin de faciliter son déménagement en Australie avec l'enfant. La cour a rejeté la requête de l'appellant et modifié l'ordonnance relative aux droits de visite afin de permettre à l'intimée de déménager en Australie avec l'enfant, tout en accordant à l'appellant, moyennant un avis d'un mois, des [TRADUCTION] «droits de visite souples et généreux» dont l'exercice se limitait à l'Australie: B.R. Sask.,

1994, unreported, aff'd (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156.

The issue, as I see it, is the impact of a change of residence of the custodial parent on a custody order where a variation order is sought under s. 17(1)(b) of the *Divorce Act*, R.C.S., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (the "Act").

Before discussing this issue, however, a preliminary matter must be dealt with, that is the conditions required to trigger a variation order.

I. Variation

The first consideration in any application for variation of custody or access orders under the Act is whether there has been, according to s. 17(5) of the Act:

... a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child of the marriage occurring since the making of the custody order or the last variation order made in respect of that order ...

The guidelines as regards variation of custody or access orders are found in this Court's decision in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670. Although that case dealt with the conditions for a variation order in respect of child support pursuant to s. 17(4) of the Act, it applies to variation orders in general. As Sopinka J. states, at p. 688:

In deciding whether the conditions for variation exist, it is common ground that the change must be a material change of circumstances. This means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation.

I echoed this statement, stressing further the purpose of this requirement, at pp. 733-34:

30 décembre 1994, inédit, conf. par (1995), 128 Sask. R. 156, 85 W.A.C. 156.

Telle que je la conçois, la question en litige est de savoir quel est l'effet d'un changement de résidence du parent gardien sur une ordonnance de garde, lors d'une requête en modification de cette ordonnance en vertu de l'al. 17(1)b) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (la «Loi»).

Avant d'aborder cette question, il y a toutefois lieu de résoudre une question préliminaire, soit les conditions requises pour qu'une ordonnance modificative puisse être rendue.

I. Modification

Dans toute requête en modification d'une ordonnance de garde ou de droits de visite sous le régime de la Loi, il y a d'abord lieu de se demander si, selon les termes du par. 17(5) de la Loi, il est survenu:

... un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci ...

Les directives en matière de modification d'une ordonnance de garde ou d'accès sont énoncées dans l'arrêt de notre Cour *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Bien que cette affaire ait porté sur les conditions justifiant la modification d'une ordonnance alimentaire en faveur des enfants conformément au par. 17(4) de la Loi, elle s'applique également aux ordonnances modificatives en général. Ainsi que l'a écrit le juge Sopinka à la p. 688:

Pour que les conditions de la modification existent, il est bien établi que le changement doit être important. Cela signifie un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification.

Aux pages 733 et 734, j'ai fait écho à ces propos, soulignant davantage l'objectif visé par cette condition:

61

62

63

64

... the preliminary threshold test ensures that child support orders will not be reassessed by courts anytime a change, however minimal, occurs in the circumstances of the parties or their children. This approach recognizes the value in some degree of certainty and stability between the parties. Parties must be encouraged to settle their difficulties without coming before the courts on each and every occasion. Nonetheless, the threshold test cannot be applied properly unless the sufficiency of the change in circumstances is evaluated against the backdrop of the particular facts of the case at hand Most importantly, however, and notwithstanding the above observations, while the onus of proving the sufficiency of the change in condition, means, needs or other circumstances rests upon the applicant . . . the diversity of possible scenarios in family law dictates that courts maintain a flexible standard of judicial discretion which does not artificially limit the adaptability of the *Divorce Act* provisions.

See also *Benoît v. Reid* (1995), 171 N.B.R. (2d) 161 (C.A.); *Talbot v. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415 (Sask. C.A.); *Brothwell v. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178 (Q.B.).

... le critère préliminaire fait en sorte que les ordonnances alimentaires au profit des enfants ne seront pas réexaminées par les tribunaux chaque fois qu'un changement, si mineur soit-il, survient dans la situation des parties ou des enfants. Cette analyse reconnaît l'importance d'un certain degré de certitude et de stabilité entre les parties. Celles-ci doivent être encouragées à régler leurs litiges sans recourir aux tribunaux à la moindre occasion. Toutefois, pour appliquer correctement le critère préliminaire, il faut évaluer le caractère suffisant du changement en fonction des faits particuliers à chaque espèce. [. . .] De façon plus importante toutefois et malgré les remarques qui précèdent, si la charge d'établir le caractère suffisant du changement intervenu dans les ressources, les besoins ou la situation générale incombe au requérant [. . .], la diversité des scénarios possibles en droit de la famille impose aux tribunaux d'appliquer dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire une norme souple qui ne limite pas artificiellement l'adaptabilité des dispositions de la *Loi sur le divorce*.

Voir également *Benoît c. Reid* (1995), 171 R.N.-B. (2^e) 161 (C.A.); *Talbot c. Henry* (1990), 25 R.F.L. (3d) 415 (C.A. Sask.); *Brothwell c. Brothwell* (1995), 135 Sask. R. 178 (B.R.).

65

A change of residence, which, in this case, involves moving to another country and was also unforeseen at the time the custody order was originally made, no doubt constitutes a change of the nature contemplated by s. 17(5) of the Act and falls within the parameters of *Willick, supra*. Once this threshold is reached, the next question is whether the change is such as to trigger a reappraisal of the whole situation of the parties and the children or only necessitates an assessment of the impact of the alleged change or changes on the custody of the child, remembering that, in any event, a variation hearing is not an appeal (*Willick, supra*, at p. 687 (*per Sopinka J.*)). As I said in *Willick*, at p. 734, it is only "where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate" that an assessment of the whole situation anew is appropriate.

Le changement de résidence qui, comme en l'espèce, implique un déménagement dans un autre pays et qui, en outre, n'avait pas été prévu au moment où l'ordonnance de garde initiale a été prononcée, constitue sans aucun doute un changement de la nature de ceux qu'envisage le par. 17(5) de la Loi, et s'inscrit dans les paramètres de l'arrêt *Willick*, précité. Une fois cette étape préliminaire franchie, la question est de savoir si le changement est tel qu'il nécessite un réexamen de l'ensemble de la situation des parties et des enfants ou simplement une évaluation de l'effet du ou des changements allégués sur la garde de l'enfant, en se rappelant que, quoi qu'il en soit, l'audition relative à la modification n'est pas un appel (*Willick*, précité, à la p. 687 (le juge Sopinka)). Ainsi que je l'ai affirmé dans *Willick*, à la p. 734, ce n'est que «lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée» qu'il y a lieu de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation présente.

In the case at bar, despite the appellant's alleged increased involvement in his daughter's life since the original custody order, the custody challenge was essentially based on the inevitable limitation to his access rights the child's change of residence would involve. Less than two years had elapsed between the date of the original custody order and that of the respondent's projected change of residence. The original order entrusting custody of the child to the respondent clearly remains highly relevant upon consideration of the merits of the application for variation. All other considerations being equal, in such circumstances a variation application would normally be restricted to an appraisal of the impact of the child's change of residence on the prior custody determination as well as the appropriate modification to access as the case may be. In a case such as this one, as my colleague McLachlin J. observes, "[t]he court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the decision and consider only the change in circumstances since the order was issued" (para. 11 (emphasis in the original)).

I am satisfied that the trial judge applied the correct test and, upon the evidence before him, properly concluded that the threshold upon which the merits of the application for variation could be considered had been met.

This being said, the question at issue here requires us to determine the proper analysis governing a change of residence by the custodial parent when courts have to rule on a variation application such as the one before us. The answer to this question rests mainly on the view one takes of the notion of custody, a notion no longer controversial in my opinion.

At the outset, however, there are fundamental and uncontroversial premises which must be recalled:

En l'espèce, en dépit de la participation accrue, selon l'appelant, dans la vie de sa fille depuis l'ordonnance de garde initiale, sa contestation de la garde repose essentiellement sur la restriction inévitable que le changement de résidence de l'enfant est susceptible d'entraîner à l'égard de ses droits d'accès. Moins de deux ans s'étaient écoulés entre la date de l'ordonnance initiale de garde et la date du changement projeté de résidence de l'intimée. L'ordonnance initiale confiant la garde de l'enfant à cette dernière demeure manifestement fort pertinente dans le cadre de l'examen du fond de la requête en modification. Tous autres facteurs étant par ailleurs égaux, une requête en modification se limiterait normalement, dans de telles circonstances, à l'évaluation de l'impact du changement de résidence de l'enfant sur la décision antérieure relative à la garde, de même qu'à la modification qu'il conviendra d'apporter au droit d'accès le cas échéant. Dans un cas comme celui-ci, ainsi que ma collègue le juge McLachlin le fait remarquer, «[l]e tribunal ne peut entendre l'affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance» (par. 11 (souligné dans l'original)).

J'estime que le juge de première instance a appliqué le test approprié et que, compte tenu de la preuve qui lui a été présentée, il a, à juste titre, conclu qu'il avait été satisfait au test préliminaire et que le fond de la requête en modification pouvait être examiné.

Cela dit, la question ici en litige nous oblige à rechercher l'analyse appropriée lorsque le parent gardien change de résidence et que les tribunaux ont à se prononcer sur une requête en modification de la nature de celle dont nous sommes saisis. La réponse à cette question dépend essentiellement du point de vue que l'on adopte à l'égard du concept de garde, concept qui, à mon avis, ne suscite plus aucune controverse.

Dès le départ, cependant, il faut rappeler certaines prémisses fondamentales non controversés:

66

67

68

69

1. It is the right of children that custody and access adjudications under the Act be governed by their best interests (ss. 16(8) and 17(5); *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 63 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and at p. 117 (*per* McLachlin J.)).

2. The best interests of the child test under the Act is constitutional (*Young, supra*, at p. 71 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and at p. 124 (*per* McLachlin J.)).

3. The Act provides that the best interests of the child must be "determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child" (s. 16(8)) or, where "there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child, . . . by reference to that change" (s. 17(5)). It is thus from the child's perspective, and not from the perspective of either parent, that his or her best interests must be assessed (J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3rd ed. 1993), at p. 279; *Young, supra*, at p. 63 (*per* L'Heureux-Dubé J.)).

4. Custody and access confer entitlements only to the extent that they enable both parents to discharge their responsibilities and obligations to their children in order to ensure and promote their best interests (*Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, at p. 185 (*per* Wilson J.); *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 132 (*per* Wilson J.); *Young, supra*, at p. 59 (*per* L'Heureux-Dubé J.)).

5. The Act provides that, in making an order regarding the child, "the court shall give effect to the principle that a child . . . should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child" (ss. 16(10) and 17(9) (emphasis added)); *Young, supra*, at p. 53 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and at p. 118 (*per* McLachlin J.)).

6. Agreements between parents as to any right of the child, be it custody, access or child support, are not binding on courts and must be viewed in light of the best interests of the child (*Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 845 (*per* Wilson

1. C'est un droit qui appartient aux enfants que les décisions en matière de garde et d'accès en vertu de la Loi doivent être prises dans leur intérêt (par. 16(8) et 17(5); *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 63 (le juge L'Heureux-Dubé) et à la p. 117 (le juge McLachlin)).

2. Le test de l'intérêt de l'enfant prévu dans la Loi est constitutionnel (*Young, précité*, à la p. 71 (le juge L'Heureux-Dubé) et à la p. 124 (le juge McLachlin)).

3. Aux termes de la Loi, l'intérêt de l'enfant doit être «défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation» (par. 16(8)) ou, s'«il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant, [. . .], défini en fonction de ce changement» (par. 17(5)). C'est donc du point de vue de l'enfant et non de celui de l'un des parents que l'on doit déterminer ce qui est dans son intérêt (J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3^e éd. 1993), à la p. 279; *Young, précité*, à la p. 63 (le juge L'Heureux-Dubé)).

4. La garde et l'accès ne confèrent de droits que dans la mesure où ils permettent aux deux parents de s'acquitter de leurs responsabilités et obligations envers leurs enfants afin de garantir et de favoriser l'intérêt de ces derniers (*Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, à la p. 185 (le juge Wilson); *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 132 (le juge Wilson); *Young, précité*, à la p. 59 (le juge L'Heureux-Dubé)).

5. La Loi prescrit qu'en rendant une ordonnance qui concerne l'enfant, «le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant [. . .] doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt» (par. 16(10) et 17(9) (je souligne)); *Young, précité*, à la p. 53 (le juge L'Heureux-Dubé) et à la p. 118 (le juge McLachlin)).

6. Les ententes conclues entre les parents sur quelque droit qui concerne l'enfant, qu'il s'agisse de garde, d'accès ou d'aliments, ne lient pas les tribunaux et doivent être examinées en fonction de l'intérêt de l'enfant (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1

J.); *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, at p. 869 (*per* Wilson J.); *Willick, supra*, at p. 686 (*per* Sopinka J.) and at p. 727 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, at pp. 396-99 (*per* L'Heureux-Dubé J.)).

With these premises in mind, I now turn to the notion of custody which lies at the heart of this appeal.

II. Custody

The starting point of the analysis is: what does custody encompass? A brief survey of custody at common law, under the Act and provincial statutes as well as under the *Civil Code of Québec* and various international documents, together with a comparative analysis of the trend in other jurisdictions, is in order here.

(1) *The Common Law*

In *Young, supra*, I examined in detail the rationale underlying custody at common law from an historical perspective, although *Young* dealt with restrictions on access linked to the non-custodial parent's religious activities.

At common law, the focus of custody determinations gradually shifted from the father's exclusive right to his children to the child's best interests as the paramount consideration. Most importantly, however, as I underscored in *Young, supra*, at pp. 37-38:

Despite these changes over time with respect to who is regarded as the appropriate custodial parent, the nature and scope of custody itself have remained relatively constant. The chief feature of such orders was, and still is, the implied, if not explicit, conferral of parental authority on the person granted custody. The long-standing rule at common law is that an order of custody entails the right to exercise full parental author-

R.C.S. 801, à la p. 845 (le juge Wilson); *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, à la p. 869 (le juge Wilson); *Willick*, précité, à la p. 686 (le juge Sopinka) et à la p. 727 (le juge L'Heureux-Dubé); *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, aux pp. 396 à 399 (le juge L'Heureux-Dubé)).

C'est à partir de cette toile de fond que je me pencherai maintenant sur la notion de garde, qui est au cœur du présent débat.

II. La garde

Le point de départ de l'analyse est le suivant: que comprend la garde? S'impose ici un bref survol de la notion de garde en common law, dans la Loi et dans les lois provinciales, de même que sous le régime du *Code civil du Québec* et de différents documents internationaux, ainsi qu'une analyse comparative de la tendance qui se dégage dans d'autres juridictions.

(1) *La common law*

Dans l'arrêt *Young*, précité, j'ai analysé en détail les principes qui sous-tendent la notion de garde en common law dans une perspective historique, bien qu'il y soit question de restrictions imposées au droit d'accès en raison des activités religieuses du parent non gardien.

En common law, dans le cadre des décisions en matière de garde, l'accent a graduellement été mis, comme considération primordiale, non plus sur le droit exclusif du père à l'égard de ses enfants, mais sur l'intérêt de l'enfant. De façon plus importante cependant, ainsi que je l'ai souligné dans l'arrêt *Young*, précité, aux pp. 37 et 38:

En dépit de ces développements relatifs à l'aptitude respective des père et mère à se voir confier la garde, la nature et l'étendue du droit de garde lui-même sont restées assez stables. Les ordonnances en la matière se caractérisent encore avant tout, comme par le passé, par l'attribution implicite, sinon explicite, de l'autorité parentale à la personne qui obtient la garde. Suivant la règle déjà ancienne en common law, une ordonnance de garde emporte le droit à l'exercice de l'autorité parentale, avec tous ses attributs. Si la garde est attribuée uni-

70

71

72

73

ity. In the case of a sole custody order, that authority is vested in one parent to the exclusion of the other.

The power of the custodial parent is not a "right" with independent value which is granted by courts for the benefit of the parent, but is designed to enable that parent to discharge his or her responsibilities and obligations to the child. It is, in fact, the child's right to a parent who will look after his or her best interests. . . .

It has long been recognized that the custodial parent has a duty to ensure, protect and promote the best interests of the child. That duty includes the sole and primary responsibility to oversee all aspects of day to day life and long-term well-being, as well as major decisions with respect to education, religion, health and well-being. [Emphasis added.]

74 This traditional view is eloquently reflected by the following passage of the decision of the Ontario Court of Appeal in *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, at p. 677 (*per* Thorson J.A.):

In my view, to award one parent the exclusive custody of a child is to clothe that parent, for whatever period he or she is awarded the custody, with full parental control over, and ultimate parental responsibility for, the care, upbringing and education of the child, generally to the exclusion of the right of the other parent to interfere in the decisions that are made in exercising that control or in carrying out that responsibility. [Emphasis added.]

75 More specifically related to the issue in this appeal, the right to determine the place of residence of a child is, at common law, regarded as an incident of custody which is, accordingly, vested in the person to whom custody is entrusted. The evolution of the common law as regards the right to determine the place of residence of a child has been thoroughly canvassed in the recent decision of the Manitoba Court of Appeal in *Lapointe v. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609. Writing for the court, Twaddle J.A. observes that once the father no longer had an exclusive right to the custody of his children, "[t]he incidents of that right . . . became vested in whichever parent happened to have custody, whether by decree or agreement" (p. 614). As his careful review of the case law

quement à l'un des parents, celui-ci est investi du droit exclusif d'exercer cette autorité.

Le pouvoir du parent gardien n'est pas un «droit» qui a une valeur intrinsèque et que le tribunal accorde au parent pour son avantage; il est plutôt destiné à lui permettre de s'acquitter de ses responsabilités et obligations envers l'enfant. Il s'agit, en fait, du droit de l'enfant d'avoir un parent qui voit à son intérêt . . .

Il est reconnu depuis longtemps que le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être. [Je souligne.]

Cette conception traditionnelle est éloquemment exprimée dans le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, à la p. 677 (le juge Thorson):

[TRADUCTION] À mon avis, accorder à l'un des parents le droit de garde exclusif d'un enfant, c'est l'investir, tant qu'il en aura ainsi la garde, de l'autorité parentale et de la responsabilité complète à l'égard des soins et de l'éducation de l'enfant, en excluant généralement le droit de l'autre parent de s'immiscer dans les décisions prises dans l'exercice de cette autorité ou dans l'accomplissement de cette responsabilité. [Je souligne.]

Plus précisément lié à la question ici en débat, le droit de déterminer le lieu de résidence d'un enfant est considéré, en common law, comme un attribut de la garde qui, en conséquence, est accordé à la personne à qui la garde est confiée. L'évolution de la common law en ce qui concerne le droit de déterminer le lieu de résidence d'un enfant a fait l'objet d'une étude exhaustive dans l'arrêt récent de la Cour d'appel du Manitoba *Lapointe c. Lapointe*, [1995] 10 W.W.R. 609. Le juge Twaddle, au nom de la cour, indique que, dès lors que le père n'a plus détenu un droit exclusif de garde auprès de ses enfants, [TRADUCTION] «[l]es attributs de ce droit [. . .] ont été confiés au parent ayant obtenu la garde, que ce soit par jugement ou par convention» (p. 614). Ainsi que le fait ressortir

demonstrates, one such incident was the power to decide where the children should live, at p. 615:

Hunt v. Hunt (1884), 28 Ch. D. 606 (C.A.), was one of the first cases to deal with the competing rights of one parent as custodian and the other as an access parent. The case turned on the construction of a deed of separation which gave the father custody of his children with “free liberty of access” to the mother. The father, an army medical officer, was posted to Egypt. He intended to take two of his children with him. The mother sought to restrain the father from doing so on the ground that the move would frustrate access. The court was unsympathetic. Fry L.J. said (at p. 613):

The deed appears to me only to give the wife a right of access to them where they happen to be, and to hold that it obliges the husband to keep the children in such a place that she can conveniently have access to them, would create formidable difficulties, for how could it be determined what was the limit to the places to which the husband might take them.

As viewed by Fry L.J., the only possible limitation on the father’s right to move the children’s residence was a need for the father to show good faith.

Hunt v. Hunt was followed not only in England, but also in Canada. The right of the custodial parent (be that the father or the mother) to move the children away from the access parent continued to be recognized subject only to the kinds of limitation contemplated by Fry and Bowen L.JJ.: see *Douglas v. Douglas*, [1948] 1 W.W.R. 473 (Sask. K.B.), *Lamond v. Lamond*, [1948] 1 W.W.R. 1087 (Sask. K.B.), and *Beck v. Beck* (1949), [1950] 1 D.L.R. 492 (B.C.C.A.). [Emphasis added.]

After reviewing numerous cases and their underlying principles, Twaddle J.A. concludes that, as of 1985, “[a] custodial parent was free to change the place of residence of a child in his or her custody without prior approval unless the power to make the decision to do so was restricted by court order or agreement” (p. 618).

The issue of the mobility of the custodial parent was dealt with by the Ontario Court of Appeal in

son analyse approfondie de la jurisprudence, à la p. 615, l’un de ces attributs était le pouvoir de fixer le lieu de résidence des enfants:

[TRADUCTION] L’arrêt *Hunt c. Hunt* (1884), 28 Ch. D. 606 (C.A.) est l’un des premiers qui a porté sur les droits opposés du parent gardien et du parent ayant un droit d’accès. La cour dans cette affaire devait interpréter un acte de séparation confiant au père la garde de ses enfants et à la mère «un droit d’accès inconditionnel». Le père, un médecin militaire, a été muté en Égypte. Il avait l’intention d’y amener deux de ses enfants. La mère a tenté de l’en empêcher pour le motif que le déménagement entraverait son droit d’accès. La cour s’est montrée peu compatissante. Le lord juge Fry a affirmé (à la p. 613):

L’acte me paraît ne confier à l’épouse qu’un droit d’accès à l’égard des enfants là où ils sont, et conclure qu’il oblige l’époux à garder les enfants dans un lieu qui permette à l’épouse d’exercer ce droit sans inconvénient créerait d’énormes difficultés; comment en effet pourrait-on fixer la limite quant aux endroits où l’époux peut les amener?

Comme l’a estimé le lord juge Fry, le droit du père de changer le lieu de résidence des enfants ne peut être restreint que par son obligation de faire preuve de bonne foi.

L’arrêt *Hunt c. Hunt* a été suivi non seulement en Angleterre, mais également au Canada. Le droit du parent gardien (qu’il s’agisse du père ou de la mère) d’amener les enfants loin du parent ayant un droit d’accès a continué d’être reconnu sous réserve seulement des formes de restriction envisagées par les lords juges Fry et Bowen: voir *Douglas c. Douglas*, [1948] 1 W.W.R. 473 (B.R. Sask.), *Lamond c. Lamond*, [1948] 1 W.W.R. 1087 (B.R. Sask.), et *Beck c. Beck* (1949), [1950] 1 D.L.R. 492 (C.A.C.-B.). [Je souligne.]

Après avoir passé en revue de nombreuses affaires et les principes qui les sous-tendent, le juge Twaddle conclut que, depuis 1985, [TRADUCTION] «[u]n parent gardien est libre de changer le lieu de résidence d’un enfant dont il a la garde sans approbation préalable, à moins que le pouvoir de prendre cette décision ne soit restreint par une ordonnance de la cour ou par entente» (p. 618).

La question de la mobilité du parent gardien a été analysée par la Cour d’appel de l’Ontario dans

Wright v. Wright (1973), 40 D.L.R. (3d) 321. Evans J.A., for the majority, summarized the applicable principles at common law as follows, at p. 324:

Absenting all consideration of unreasonableness, which, in the circumstances of this case is not a factor, the parent who has custody of children has the right to remove the children without the permission of the other parent in the absence of some specific agreement to the contrary or in the absence of such specific terms with respect to access as would clearly indicate that the parties must have intended that the children remain in close proximity if the specified right of access provided in the agreement was to be an effective right. [Emphasis added.]

See also *Field v. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (Ont. H.C.); *Landry v. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (Ont. C.A.); *Wells v. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (Sask. Q.B.); *Adie v. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183 (Q.B.).

77

Thus, custody at common law has been historically recognized as a wide and inclusive concept which grants the person entrusted with it, *inter alia*, the power to choose where the child shall live, subject to the right of the non-custodial parent to oppose such choice by seeking a variation order of the custody or access terms and such other limitations as may be warranted on the facts of the case.

(2) *The Divorce Act*

78

The notion of custody under the Act essentially reflects the common law. As Professor Payne notes, *supra*, at p. 240, a wide concept of custody is well entrenched in Canadian law:

In Canadian divorce proceedings, case law tends to support the conclusion that, in the absence of directions to the contrary, an order granting "sole custody" to one parent signifies that the custodial parent shall exercise all the powers of the legal guardian of the child. The non-custodial parent with access privileges is thus deprived of the rights and responsibilities that previously vested in that parent as a joint custodian of the child. [Emphasis added.]

l'arrêt *Wright c. Wright* (1973), 40 D.L.R. (3d) 321. Le juge Evans, pour la majorité, a résumé ainsi les principes qui s'appliquent en common law, à la p. 324:

[TRADUCTION] En l'absence de toute considération relative au caractère déraisonnable, lequel, dans les circonstances de la présente affaire, n'est pas un facteur, le parent qui a la garde des enfants a le droit de les déplacer sans la permission de l'autre parent en l'absence d'une entente explicite contraire ou de modalités relatives au droit d'accès indiquant clairement qu'il était nécessairement dans l'intention des parties que les enfants demeurent à proximité pour que le droit d'accès prévu dans l'entente soit un véritable droit. [Je souligne.]

Voir également *Field c. Field* (1978), 6 R.F.L. (2d) 278 (H.C. Ont.); *Landry c. Lavers* (1985), 45 R.F.L. (2d) 235 (C.A. Ont.); *Wells c. Wells* (1984), 38 R.F.L. (2d) 405 (B.R. Sask.); *Adie c. Adie* (1991), 89 Sask. R. 183 (B.R.).

Ainsi, la common law a traditionnellement reconnu un concept large et global de la garde, concept qui habilite la personne qui en est le titulaire à déterminer, notamment, le lieu de résidence de l'enfant, sous réserve, d'une part, du droit du parent non gardien de s'opposer à ce choix en demandant une ordonnance modificative des dispositions relatives à la garde ou à l'accès et, d'autre part, de restrictions qui peuvent être justifiées selon les faits de l'affaire.

(2) *La Loi sur le divorce*

La notion de garde sous le régime de la Loi reflète essentiellement la common law. Ainsi que le professeur Payne le souligne, à la p. 240, la notion large de garde est bien établie en droit canadien:

[TRADUCTION] Dans les procédures en divorce au Canada, la jurisprudence tend à corroborer la conclusion qu'en l'absence de directives contraires, une ordonnance confiant la garde à un parent comporte l'attribution au parent gardien de tous les pouvoirs qui reviennent au tuteur de l'enfant. Le parent qui n'a pas la garde, mais a un droit d'accès, est donc privé des droits et responsabilités dont il était investi auparavant lorsqu'il avait la garde partagée de l'enfant. [Je souligne.]

According to the same author, at pp. 242-43, nothing in the Act warrants an inference that Parliament intended to retrench from the meaning of custody previously recognized at common law:

The provisions of the *Divorce Act, 1985*, and particularly the definitions of "custody" and "accès" in section 2(1), may preclude Canadian courts from reverting to a narrow definition of custody. Pursuant to section 2(1), "custody' includes care, upbringing and any other incident of custody" and "accès' comporte le droit de visite." The use of the word "includes" in the definition of "custody" implies that the term embraces a wider range of powers than those specifically designated in section 2(1). . . . Consequently, in the absence of an order for shared parenting or a court-ordered division of the incidents of custody, a non-custodial spouse with access privileges would remain a passive bystander who is excluded from the decision-making process in matters relating to the child's welfare, growth and development. This remains true notwithstanding that section 16(10) of the *Divorce Act, 1985* provides that the court shall promote "maximum contact" between the child and the non-custodial parent to the extent that this is consistent with the best interests of the child. [Footnotes omitted; emphasis added.]

In line with the accepted meaning of custody at common law and under the divorce legislation, it comes as no surprise, therefore, that the decision as to the residence of the child has been held to fall within the incidents of custody under the Act. As Twaddle J.A. concludes in *Lapointe v. Lapointe, supra*, at p. 619:

[Section 16(7) of the Act which provides that the custodial parent may be required to give notice of any change of residence of the child to the non-custodial parent who has been granted access rights] presupposes the existence of a right to make such a change of residence without express approval by the court. There would be no purpose in requiring a person to give such notice, as distinct from a notice of application for permission to move, if the change of residence could not be made unilaterally. Unless, then, the right to decide on a change of residence is expressly excluded from the order of custody, the custodial parent has the right.

The notice requirement would seem to serve two purposes, the first to ensure that the access parent has

D'après le même auteur, aux pp. 242 et 243, rien dans la Loi ne justifie d'en inférer que le législateur a souhaité se départir de la définition de garde antérieurement reconnue en common law:

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi de 1985 sur le divorce* et, en particulier, les définitions des termes «garde» et «accès» au par. 2(1) peuvent interdire aux tribunaux canadiens de revenir à une définition étroite de la garde. Conformément au par. 2(1), «[s]ont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache», et le terme «accès» «[c]omporte le droit de visite». L'expression «sont assimilés» employée pour définir la garde implique que le terme vise un éventail plus large de pouvoirs que ceux énumérés au par. 2(1). [. . .] En conséquence, en l'absence d'une ordonnance de garde partagée ou d'une répartition des éléments de la garde prononcée par un tribunal, l'époux qui n'a pas la garde mais un droit d'accès demeure un observateur passif qui est exclu du processus décisionnel relatif aux questions concernant le bien-être, la croissance et le développement de l'enfant. Ceci est vrai même si le par. 16(10) de la *Loi de 1985 sur le divorce* porte que le tribunal doit favoriser le maximum de contact entre l'enfant et le parent qui n'a pas la garde, dans la mesure où cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant. [Renvois omis; je souligne.]

Étant donné la définition de garde reconnue en common law et sous le régime de la loi sur le divorce, il n'est guère étonnant que la décision concernant la résidence de l'enfant ait été considérée comme faisant partie des attributs de la garde en vertu de la Loi. Ainsi que le juge Twaddle l'a conclu dans l'arrêt *Lapointe c. Lapointe*, précité, à la p. 619:

[TRADUCTION] [Le paragraphe 16(7) de la Loi, aux termes duquel le parent gardien peut être contraint de donner avis de tout changement de résidence de l'enfant au parent qui n'a pas la garde mais qui jouit de droits d'accès], présuppose l'existence du droit d'effectuer ce changement de résidence sans l'approbation expresse de la cour. Il serait inutile d'exiger qu'une personne donne un tel avis, distinct de l'avis d'une demande de permission de déménager, si le changement de résidence ne pouvait pas être effectué unilatéralement. Par conséquent, à moins que le droit de changer de résidence soit expressément exclu de l'ordonnance de garde, le parent gardien aura le droit de déménager.

L'obligation de donner un avis semblerait servir deux fins, l'une étant de faire en sorte que le parent ayant un

notice of the move and its significant details and the second to give the access parent the opportunity to seek an order forbidding the move or one making new provision for access after it. [Emphasis added.]

droit d'accès ait un avis du déménagement et des détails importants à cet égard, et l'autre étant d'accorder au parent ayant un droit d'accès la possibilité de demander une ordonnance interdisant le déménagement ou une ordonnance formulant de nouvelles modalités d'accès après le déménagement. [Je souligne.]

80 The proposition that the right to decide where a child should reside is vested in the custodial parent as an incident of custody finds ample support in the case law. No fewer than four Canadian appellate courts have fully endorsed it, namely those of British Columbia, Manitoba, New Brunswick and Quebec: *Levesque v. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Lapointe v. Lapointe*, *supra*; *Benoît v. Reid*, *supra*; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), *aff'd* [1995] 4 S.C.R. 592 (*sub nom. P. (M.) v. L.B. (G.)*). In *Droit de la famille — 1826*, Proulx J.A., writing for the Quebec Court of Appeal, states unequivocally that [TRANSLATION] “there is attached to the right of custody a right to decide where the child will live” (p. 1735). In *Carter v. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53, Morden A.C.J.O., delivering the judgment for the Ontario Court of Appeal, comments that “it is reasonable to think that an incident of custody includes the determination by the custodial parent of where the parent and the child shall live” (p. 63).

La thèse suivant laquelle le droit de décider de la résidence d'un enfant est conféré au parent gardien en tant qu'attribut de la garde est amplement appuyée par la jurisprudence. Pas moins de quatre cours d'appel canadiennes l'ont endossée sans réserves, soit celles de la Colombie-Britannique, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et du Québec: *Levesque c. Lapointe* (1993), 21 B.C.A.C. 285; *Lapointe c. Lapointe*, précité; *Benoît c. Reid*, précité; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), *conf. par* [1995] 4 R.C.S. 592 (*sub nom. P. (M.) c. L.B. (G.)*). Dans l'arrêt *Droit de la famille — 1826*, le juge Proulx, s'exprimant au nom de la Cour d'appel du Québec, affirme sans équivoque qu'«au droit de garde est attaché celui de choisir le lieu de résidence de l'enfant» (p. 1735). Dans l'arrêt *Carter c. Brooks* (1990), 30 R.F.L. (3d) 53, le juge en chef adjoint Morden, pour la Cour d'appel de l'Ontario, remarque qu'[TRADUCTION] «il est raisonnable de penser qu'à la garde se rattache la détermination par le parent gardien du lieu où lui et l'enfant vivront» (p. 63).

81 The Act itself, the authors as well as the case law demonstrate that, as at common law, the custody of a child within the context of divorce is an all-encompassing concept which grants the custodial parent the exclusive right to decide where the child shall live, subject to restrictions which may be ordered where the best interests of the child so require (Payne, *supra*, at p. 243) as well as the non-custodial parent's right to apply for “an order varying . . . a custody order or any provision thereof” pursuant to s. 17(1)(b) of the Act.

La Loi elle-même, les auteurs, de même que la jurisprudence démontrent que, comme en common law, la garde d'un enfant dans le contexte du divorce est un concept global qui confère au parent gardien le droit exclusif de fixer le lieu de résidence de l'enfant, sous réserve des restrictions qui peuvent être ordonnées si l'intérêt de l'enfant le requiert (Payne, *op. cit.*, à la p. 243), et du droit du parent non gardien de demander, conformément à l'al. 17(1)b) de la Loi, «une ordonnance qui modifie [. . .] une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions».

(3) *Provincial Statutes*

(3) *Les lois provinciales*

82 Definitions of custody in provincial statutes are consistent with the wide notion of custody recognized at common law and under the Act. The Sas-

Les définitions que les lois provinciales donnent de la garde sont conformes à la notion large de garde reconnue en common law et sous le régime

katchewan *Children's Law Act*, S.S. 1990-91, c. C-8.1, for instance, specifies that access rights are not to be construed as granting the right to be consulted about or to participate in the making of decisions of the custodial parent unless the court orders otherwise (s. 9(3)); it further provides that the custodial parent may be required to give notice of any change of residence of the child to a person who has been granted access rights, thereby implying that the custodial parent is entitled to make such change of residence (s. 6(5)(b)). Similarly, under the Ontario *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, the choice of the child's place of residence falls within the incidents of custody (s. 20(2) and (5); *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (Ont. C.A.)). See also the Newfoundland *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, c. C-13, s. 26(2) and (6); the Prince Edward Island *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-33, s. 3(2) and (5); the Yukon Territory *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 31(2), (5) and (6).

From a comparative standpoint, it is interesting to note that custody as regards the right to choose the place of residence of a child is given a similar interpretation under the *Civil Code of Québec*, under various international documents as well as in some other common law and civil law jurisdictions.

(4) *The Civil Code of Québec*

This Court has recently had occasion to revisit the notion of custody under the *Civil Code of Québec* in *W. (V.) v. S. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 108, to which I refer for a more detailed analysis.

In brief, although custody is nowhere defined in the *Civil Code of Québec*, it is generally recognized that the attributes of parental authority encompass, among other things, the right to decide the place of residence of a child. See A. Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193, at p. 195; M. Ouellette, *Droit de la famille* (3rd ed. 1995), at

de la Loi. La *Children's Law Act* de la Saskatchewan, S.S. 1990-91, ch. C-8.1, par exemple, précise que l'on ne doit pas interpréter le droit d'accès comme emportant le droit d'être consulté au sujet de la décision du parent gardien ou de participer à la prise de décision de ce dernier, à moins que la cour n'en ordonne autrement (par. 9(3)); elle prévoit, en outre, que le parent gardien peut être contraint de donner avis de tout changement de résidence de l'enfant à la personne qui jouit d'un droit d'accès, impliquant par là que le parent gardien a le droit d'effectuer ce changement de résidence (al. 6(5)b)). De même, sous le régime de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.12, le choix du lieu de résidence de l'enfant est inhérent à la garde (par. 20(2) et (5); *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (C.A. Ont.)). Voir également la *Children's Law Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. C-13, par. 26(2) et (6); la *Custody Jurisdiction and Enforcement Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-33, par. 3(2) et (5), et la *Loi sur l'enfance* du Yukon, L.R.Y. 1986, ch. 22, par. 31(2), (5) et (6).

D'un point de vue comparatif, il est intéressant de remarquer qu'en ce qui concerne le droit de choisir le lieu de résidence d'un enfant, la garde reçoit une interprétation similaire sous le régime du *Code civil du Québec*, dans différents documents internationaux, de même que dans certaines autres juridictions de common law et de droit civil.

(4) *Le Code civil du Québec*

Notre Cour a récemment eu l'occasion de revoir la notion de garde sous le régime du *Code civil du Québec* dans l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, auquel je renvoie aux fins d'une analyse plus approfondie.

Brièvement, bien que la garde ne soit définie nulle part au *Code civil du Québec*, il est généralement reconnu qu'à l'autorité parentale se rattache notamment le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Voir A. Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193, à la p. 195; M. Ouellette, *Droit de la famille* (3^e éd. 1995), à la p. 224; P. B.

83

84

85

p. 224; P. B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, at p. 145.

86

Upon separation or divorce of the parents, while parental authority remains, the parent or the third person entrusted with the custody of the child is provided with sole decision-making power with respect to all matters relating to the child, including where he or she shall live (*C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, at p. 285 (*per* Beetz J.)). That is not to say, however, that the non-custodial parent is deprived of all exercise of parental authority: so far as it is not incompatible with the rights of the custodial parent, the non-custodial parent must exercise his duties of supervision and education towards the child by means of the right to access (*P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 164 (*per* L'Heureux-Dubé J.); art. 605 *C.C.Q.* (previously art. 570)), as well as the right to refer any litigious matter relating to the exercise of the parental authority to the court (art. 604 *C.C.Q.* (previously art. 653)).

(5) *International Documents*

87

International awareness of children's rights is illustrated by various international documents such as the League of Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1924), the United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959) and the 1989 United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1) of which recognizes the need to make the best interests of the child the primary consideration in all actions concerning children, including legal proceedings. More particularly relevant to the issue raised in this appeal, however, is the Hague *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (the "Convention"). Since in *W. (V.) v. S. (D.)*, *supra*, this Court has had occasion to discuss the notion of custody under the Convention, I will only refer to it briefly here.

88

For the purpose of the Convention, which is the enforcement of custody rights (*Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at p. 579 (*per* La Forest

Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, à la p. 145.

Lors de la séparation ou du divorce des parents, bien que l'autorité parentale subsiste, le parent ou la tierce personne à qui a été confiée la garde de l'enfant jouit d'un pouvoir décisionnel exclusif à l'égard de toutes les questions qui concernent l'enfant, notamment de son lieu de résidence (*C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, à la p. 285 (le juge Beetz)). Cela ne signifie pas pour autant que le parent non gardien se voie privé de toute autorité parentale; dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec les droits du parent gardien, l'autre parent doit exercer ses devoirs de surveillance et d'éducation de l'enfant par l'entremise de son droit d'accès (*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 164 (le juge L'Heureux-Dubé); art. 605 *C.C.Q.* (auparavant l'art. 570)) et de son droit de saisir le tribunal de toute question litigieuse relative à l'exercice de l'autorité parentale (art. 604 *C.C.Q.* (auparavant l'art. 653)).

(5) *Les documents internationaux*

À l'échelle internationale, la sensibilisation aux droits des enfants est mise en lumière dans différents documents internationaux tels la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1924 de la Société des Nations, la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959 des Nations Unies, ainsi que la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies de 1989, R.T. Can. 1992 n° 3, par. 3(1), qui reconnaît la nécessité de faire de l'intérêt de l'enfant une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants, y compris dans les procédures judiciaires. La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye, R.T. Can. 1983 n° 35 (la «Convention») est toutefois davantage pertinente quant à la question soulevée dans le présent pourvoi. Puisque, dans l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*, précité, notre Cour a eu l'occasion d'analyser la notion de la garde sous le régime de la Convention, je n'y renverrai que brièvement en l'espèce.

Aux fins de la Convention, qui vise à faire respecter les droits de garde (*Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, à la p. 579 (le juge

J.)), custody is understood as the “rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence” (art. 5). As this Court stressed in *W. (V.) v. S. (D.)*, it is significant that the international community has adopted a wide concept of custody under the Convention which entails the right to determine the place of residence of a child unless specifically taken away by such means as an explicit non-removal clause included in an interim custody order (*Thomson, supra*, at p. 588 (*per La Forest J.*)).

(6) *Other Jurisdictions*

In England, the *Children Act 1989* (U.K.), 1989, c. 41, replaced the concept of custody by that of “parental responsibility” which is defined as “all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property” (s. 3(1)). The common law must still be referred to, however, in order to determine the scope of the powers normally included within parental responsibility: *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1993), vol. 5(2), at para. 730. As regards the right of the custodial parent to move with the child, the leading English authority is *P. (L.M.) v. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659 (C.A.), in which the oft-quoted passage of Sachs L.J.’s opinion may be found, at p. 662:

When a marriage breaks up, then a situation normally arises when the child of that marriage, instead of being in the joint custody of both parents, must of necessity become one who is in the custody of a single parent. Once that position has arisen and the custody is working well, this court should not lightly interfere with such reasonable way of life as is selected by that parent to whom custody has been rightly given. Any such interference may . . . produce considerable strains which would be unfair not only to the parent whose way of life is interfered with but also to any new marriage of that parent. In that way it might well in due course reflect on the welfare of the child. The way in which the parent who properly has custody of a child may choose in a reasonable manner to order his or her way of life is one of those things which the parent who has not been given custody may well have to bear, even though one has

La Forest)), la garde comprend le «droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence» (art. 5). Ainsi que l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*, il est révélateur que la communauté internationale ait adopté sous le régime de la Convention une notion large de garde, notion qui englobe le droit de décider du lieu de résidence d’un enfant, à moins qu’il ne soit supprimé explicitement par des moyens tels une disposition, dans une ordonnance de garde provisoire, interdisant explicitement le déplacement (*Thomson*, précité, à la p. 588 (le juge La Forest)).

(6) *Les autres juridictions*

En Angleterre, la *Children Act 1989* (R.-U.), 1989, ch. 41, a substitué à la notion de garde celle de «responsabilité parentale», définie comme comprenant [TRADUCTION] «tous les droits, obligations, pouvoirs, responsabilités et l’autorité qu’un parent d’un enfant exerce légalement à l’égard d’un enfant et de ses biens» (par. 3(1)). Il faut quand même continuer à se référer à la common law pour déterminer l’étendue des pouvoirs qui relèvent normalement de la responsabilité parentale: *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1993), vol. 5(2), au par. 730. En ce qui a trait au droit du parent gardien de déménager avec l’enfant, l’arrêt de principe en Angleterre est *P. (L.M.) c. P. (G.E.)*, [1970] 3 All E.R. 659 (C.A.), où l’on peut trouver le passage fréquemment cité de l’opinion du lord juge Sachs, à la p. 662:

[TRADUCTION] À la dissolution du mariage, une situation survient normalement lorsque, plutôt que d’être confié à la garde conjointe des deux parents, l’enfant du mariage doit nécessairement être confié à la garde d’un seul. Dans ce cas et si la garde fonctionne bien, notre cour ne doit pas intervenir à la légère dans le mode de vie raisonnable qu’a choisi le parent à qui la garde a été confiée à juste titre. Une telle intervention risque [. . .] de créer de fortes tensions, qui seraient injustes non seulement pour le parent dont le mode de vie est compromis, mais également pour le second mariage de ce parent, le cas échéant. En ce sens, le bien-être de l’enfant risque fort d’en subir les conséquences. La façon dont le parent titulaire de la garde d’un enfant peut choisir d’une manière raisonnable de régler son mode de vie est l’une de ces situations que le parent n’ayant pas obtenu la garde risque fort de devoir supporter, même si

every sympathy with the latter on some of the results. [Emphasis added.]

This proposition is reinforced by Davies L.J. in *Nash v. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704 (C.A.), at p. 706:

... when one parent has been given custody it is a very strong thing for this court to make an order which will prevent the following of a chosen career by the parent who has custody.

See, however, ss. 8(1), 13(1)(b) and (3) of the *Children Act 1989* which provide that where "a residence order" has determined the person with whom the child is to live, then no one may remove him or her from the United Kingdom except with the consent of every person who has parental responsibility for the child or with leave of the court (which may be granted with the residence order).

90 The Full Court of the Family Court of Australia has adopted a stronger stance in recognizing that the right to decide where a child lives is an incident of custody under the *Family Law Act 1975* (Australia), No. 53 of 1975, s. 63E(1) and (2); *Halsbury's Laws of Australia* (1993), vol. 13, at p. 378,788. Such right is not absolute, however, and remains subject to a court-ordered variation or limitation under s. 64(1)(c) which may be ordered where the best interests of the child so require (*In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147 (Full Ct.); see also J. Eades, "A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?" (1995), 33 *Law Soc. J.* 46).

91 Closer to us, in the United States, there is authority for the proposition that, upon the parents' divorce or separation, "all rights of decision and control over the child go to the parent awarded custody, except when joint custody is awarded": H. D. Krause, *Family Law in a Nutshell* (3rd ed.

on ne peut que compatir avec ce dernier face à certains résultats. [Je souligne.]

Cette thèse reçoit l'appui du lord juge Davies dans *Nash c. Nash*, [1973] 2 All E.R. 704 (C.A.), à la p. 706:

[TRADUCTION] ... lorsque la garde a été confiée à l'un des parents, ce serait une décision très sérieuse pour notre cour que de rendre une ordonnance l'empêchant de poursuivre la carrière qu'il a choisie.

Voir cependant le par. 8(1), l'al. 13(1)(b) et le par. 13(3) de la *Children Act 1989*, qui prévoient que lorsqu'une [TRADUCTION] «ordonnance de résidence» a déterminé la personne avec qui l'enfant doit vivre, personne ne peut l'amener à l'extérieur du Royaume-Uni, sauf avec le consentement de toutes les personnes exerçant une responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ou avec l'autorisation de la cour (qui peut être accordée en même temps que l'ordonnance de résidence).

Le tribunal d'appel en matière de droit de la famille de l'Australie a adopté une position plus ferme en reconnaissant que le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant est un attribut de la garde sous le régime de la *Family Law Act 1975* (Australie), n° 53 de 1975, par. 63E(1) et (2); *Halsbury's Laws of Australia* (1993), vol. 13, à la p. 378,788. Un tel droit n'est cependant pas absolu et demeure assujéti à toute modification ou restriction que la cour pourra ordonner en vertu de l'al. 64(1)(c) là où l'intérêt de l'enfant le requiert (*In the Marriage of R and R* (1985), 60 A.L.R. 727 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Holmes* (1988), 92 F.L.R. 290 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of Fragomeli* (1993), 113 F.L.R. 229 (Fam. Ct. (Full Ct.)); *In the Marriage of I* (1995), 19 Fam. L.R. 147 (Full Ct.); voir également J. Eades, «A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?» (1995), 33 *Law Soc. J.* 46).

Plus près de nous, aux États-Unis, la doctrine permet de soutenir que, lors de la séparation ou du divorce des parents, [TRADUCTION] «tous les pouvoirs de décision et de contrôle à l'égard de l'enfant sont attribués au parent qui obtient la garde, sauf lorsque la garde partagée est accordée»: H. D.

1995), at p. 227 (emphasis in original). Although the rules governing a relocation of the custodial parent may vary from state to state, there is an implicit assumption that the custodial parent has the right to decide where the child should reside, subject to an inquiry into the best interests of the child upon such relocation which may warrant a modification of custody in certain circumstances. See generally E. Sivin, "Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel" (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341; M. S. Cohen, "A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws" (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127; D. T. Kramer, *Legal Rights of Children* (2nd ed. 1994), vol. 1, at pp. 150-57; C. S. Bruch and J. M. Bowermaster, "The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present" (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.

Civil law jurisdictions have legislation similar to that of the *Civil Code of Québec*. In France, for instance, it is generally recognized that the notion of custody is inextricably linked to the right to choose where the child shall live (P. Simler, "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, at p. 708; G. Marty and P. Raynaud, *Les personnes* (3rd ed. 1976), at p. 288; G. Cornu, *Droit civil: la famille* (3rd ed. 1993), at pp. 126-27).

Given this background, any application for variation of custody or access dealing with a change of residence of the custodial parent and the child must start with the proposition that, absent an agreement or court order restricting the incidents of custody, such as the place of residence of the child, it is within the powers of a custodial parent to decide such a change of residence. I disagree with McLachlin J. that "[t]he demonstration of a material change places that right at issue" (para. 36). What that premise does entail, however, is that the onus of showing why the move is not in the best

Krause, *Family Law in a Nutshell* (3^e éd. 1995), à la p. 227 (en italique dans l'original). Bien que les règles qui régissent le déménagement du parent gardien puissent varier d'un État à l'autre, il est implicite que le parent gardien a le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, sous réserve d'une enquête quant à son meilleur intérêt par suite de ce déménagement, enquête qui pourrait mener à une modification de garde sous certaines circonstances. Voir de façon générale E. Sivin, «Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel» (1980-81), 12 *Rutgers L.J.* 341; M. S. Cohen, «A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws» (1989), 18 *Hofstra L. Rev.* 127; D. T. Kramer, *Legal Rights of Children* (2^e éd. 1994), vol. 1, aux pp. 150 à 157; C. S. Bruch et J. M. Bowermaster, «The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present» (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245.

Les pays de droit civil ont des législations semblables au *Code civil du Québec*. Ainsi, en France il est généralement reconnu que la notion de garde est inextricablement liée au droit de décider du lieu de résidence de l'enfant (P. Simler, «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, à la p. 708; G. Marty et P. Raynaud, *Les personnes* (3^e éd. 1976), à la p. 288; G. Cornu, *Droit civil: la famille* (3^e éd. 1993), aux pp. 126 et 127).

Dans ce contexte, toute requête en modification de garde ou du droit d'accès se rapportant à un changement de résidence du parent gardien et de l'enfant doit partir du postulat qu'en l'absence d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire restreignant les attributs de la garde, tel le lieu de résidence de l'enfant, il relève des pouvoirs du parent gardien de décider de ce changement de résidence. Je ne partage pas l'opinion de Madame le juge McLachlin que «[l]a démonstration de l'existence d'un changement important remet ce droit en cause» (par. 36). Ce que cette prémisse implique, toutefois, c'est que le fardeau de démontrer pourquoi le déménagement n'est pas dans l'intérêt de

92

93

interests of the child lies with the party who opposes such a move.

94 I pause here to address restrictions that may be imposed on custodial parents.

III. Restrictions on the Rights of Custodial Parents

95 Section 16(6) of the Act empowers a court to impose terms, conditions or restrictions in connection with its orders for custody and access. The imposition of restrictions on the rights of custodial parents are and should remain the exception rather than the rule. As Professor J. G. McLeod, Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129, points out, at p. 133:

The trend in custody and access cases is to deal with incidents of custody. Based on social biases and past parenting practices, mothers usually receive custody. Most fathers are content to be involved in making major decisions. Accordingly, courts are called on to decide religion, education and residence issues. That is essentially what happens in *Young v. Young*. Nevertheless, there is much to be said for the view that courts should not continue to sever the incidents of custody and continually second-guess the custodial parent. In those instances, the custodial parent is responsible for the child but has no decision making power. [Emphasis added.]

96 In this regard, although entitled to respect and deserving of encouragement, agreements entered into between parents regarding children are not binding on courts and must be based on the best interests of children assessed from the vantage point of the child (Payne, *supra*, at p. 304). See also *Richardson, supra*, at p. 869 (*per* Wilson J.); *Pelech, supra*, at p. 845 (Wilson J.); *Willick, supra*, at p. 686 (*per* Sopinka J.) and at p. 727 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *Cabott v. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390 (B.C.C.A.), at p. 396; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316 (Que. C.A.); *Stewart v. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67 (Alta. C.A.).

97 However, as far as court orders are concerned, s. 16(8) of the Act provides:

l'enfant incombe à la partie qui s'oppose à ce déménagement.

J'ouvre ici une parenthèse pour discuter des restrictions qui peuvent être imposées aux parents gardiens.

III. Les restrictions aux droits des parents gardiens

Le paragraphe 16(6) de la Loi habilite la cour à assortir une ordonnance de garde ou d'accès de modalités, de conditions ou de restrictions. L'imposition de restrictions aux droits des parents gardiens est l'exception et non la règle, et elle doit le demeurer. Ainsi que le professeur J. G. McLeod le souligne dans Annotation to *Young v. Young* (1994), 49 R.F.L. (3d) 129, à la p. 133:

[TRADUCTION] La tendance dans les instances relatives à la garde et au droit d'accès consiste à traiter des attributs de la garde. En raison des préjugés sociaux et des pratiques parentales passées, les mères obtiennent en général la garde. La plupart des pères se satisfont de leur participation à la prise des décisions importantes. Aussi, les tribunaux sont-ils appelés à trancher des questions de religion, d'éducation et de résidence. C'est essentiellement ce qui s'est produit dans l'arrêt *Young c. Young*. Néanmoins, le point de vue suivant lequel les tribunaux ne devraient pas continuer à séparer les attributs de la garde et à continuellement remettre en doute les décisions du parent gardien est très valable. Sinon, le parent gardien assume la responsabilité de l'enfant tout en ne détenant aucun pouvoir de décision. [Je souligne.]

À cet égard, bien qu'elles doivent être respectées et qu'elles méritent d'être encouragées, les ententes conclues entre les parents concernant les enfants ne lient pas les tribunaux et doivent être fondées sur l'intérêt des enfants, évalué du point de vue de l'enfant (Payne, *op. cit.*, à la p. 304). Voir aussi *Richardson*, précité, à la p. 869 (le juge Wilson); *Pelech*, précité, à la p. 845 (le juge Wilson); *Willick*, précité, à la p. 686 (le juge Sopinka) et à la p. 727 (le juge L'Heureux-Dubé); *Cabott c. Binns* (1987), 9 R.F.L. (3d) 390 (C.A.C.-B.), à la p. 396; *Droit de la famille — 501*, [1989] R.D.F. 316 (C.A. Qué.); *Stewart c. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67 (C.A. Alb.).

Toutefois, pour ce qui est des ordonnances d'un tribunal, le par. 16(8) de la Loi prévoit:

(8) In making an order under this section, the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child. [Emphasis added.]

With respect to variation orders, s. 17(5) is to the same effect:

(5) Before the court makes a variation order in respect of a custody order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child of the marriage occurring since the making of the custody order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change. [Emphasis added.]

Having regard to these statutory parameters, limitations on the rights of the custodial parent should not be imposed as a matter of routine. Only if they are found to be required in the best interests of the child, from the child's point of view, can such limitations be justified. Consequently, it is evident that restrictions to incidents of custody cannot be made for frivolous reasons, for the sole purpose of insuring the non-custodial parent's access, to frustrate the custodial parent's mobility, as a bargaining tool, etc. This view is shared by Professor Payne, *supra*, at p. 276:

Canadian courts may include directions in an order for custody that limit or preclude the custodial parent from removing the children from the jurisdiction without the consent of the non-custodial parent or a further order of the court. Such restrictions on the constitutionally guaranteed right of mobility should not be lightly imposed in the absence of cogent evidence that the best interests of the child will thereby be served. [Emphasis added.]

Accepting that perspective, restrictions on incidents of custody, such as the right to determine where the child should live, should not be inferred, for instance, from generous or specified access provisions without more. As Abella J.A.

(8) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation. [Je souligne.]

En ce qui a trait aux ordonnances modificatives, le par. 17(5) va dans le même sens:

(5) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance de garde, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative. [Je souligne.]

Compte tenu des paramètres établis par la Loi, les restrictions aux droits du parent gardien ne devraient pas être imposées systématiquement. Ce n'est que si l'intérêt de l'enfant le requiert, du point de vue de ce dernier, que ces restrictions seront justifiées. De toute évidence, donc, les attributs de la garde ne doivent pas être assortis de restrictions pour des raisons frivoles, à la seule fin de garantir l'accès au parent qui n'a pas la garde, de contrecarrer la mobilité du parent gardien, ou comme moyen de négociation, etc. Le professeur Payne, *op. cit.*, à la p. 276, partage ce point de vue:

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens peuvent, dans une ordonnance de garde, formuler des directives qui restreignent ou annulent le droit du parent gardien d'amener les enfants dans un autre ressort sans le consentement du parent non gardien ou en l'absence d'une autre ordonnance du tribunal. De telles restrictions à la liberté de circulation et d'établissement que la Constitution garantit au parent gardien ne devraient pas être imposées à la légère, en l'absence d'une preuve convaincante que l'intérêt de l'enfant sera ainsi servi. [Je souligne.]

Dans cette perspective, des restrictions aux attributs de la garde, tel le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, ne sauraient être imposées uniquement sur la base, par exemple, de dispositions généreuses ou précises en matière d'accès, sans plus. Le juge Abella (aux motifs de laquelle a souscrit le juge Grange) a servi la mise en garde

(Grange J.A. concurring) cautioned in *MacGyver v. Richards*, *supra*, at p. 445:

In deciding what restrictions, if any, should be placed on a parent with custody, courts should be wary about interfering with that parent's capacity to decide, daily, what is best for the child. That is the very responsibility a custody order imposes on a parent, and it obliges — and entitles — the parent to exercise judgments which range from the trivial to the dramatic. Those judgments may include whether to change neighbourhoods, or provinces, or partners, or jobs, or friends, or schools, or religions. Each of those significant judgments may affect the child in some way, but that does not mean that the court has the right to prevent the change.

The inevitable genesis of a court having to make a decision is because of some stress and instability. To minimize future stresses, as opposed to more utopian and less realistic objectives, the court should be overwhelmingly respectful of the decision-making capacity of the person in whom the court or the other parent has entrusted primary responsibility for the child. We cannot design a system which shields the non-custodial parent from any change in the custodial parent's life which may affect the exercise of access. [Emphasis added.]

100 Coming back to the impact of a change of residence by the custodial parent in the context of an application to vary custody, I now turn to the question of who bears the onus of proof.

IV. Onus

101 The custodial parent's right, as part of the incidents of custody, to decide the place of residence of the child has consequences for the allocation of the burden of proof.

102 At the outset, it must be noted that there is no clear legal obligation on the part of the custodial parent to notify the non-custodial parent of a change of residence of the child, absent a court order under s. 16(7) of the Act or a valid consensual covenant to that effect. Nevertheless, it would be appropriate for the custodial parent to notify the non-custodial parent of a proposed change of residence except, of course, where there is a threat or

suiivante dans l'arrêt *MacGyver c. Richards*, précité, à la p. 445:

[TRADUCTION] Lorsqu'ils déterminent quelles restrictions, le cas échéant, doivent être imposées au parent gardien, les tribunaux doivent veiller à ne pas s'immiscer dans la capacité de ce parent de décider quotidiennement ce qui est préférable pour l'enfant. C'est là la responsabilité même qu'une ordonnance de garde impose à un parent, et elle oblige le parent — et l'habilite — à prendre des décisions qui vont de la plus insignifiante à la plus importante. Il peut s'agir de décider de changer de voisinage, de province, de partenaires, d'emplois, d'amis, d'écoles ou de religion. Si chacune de ces décisions importantes peut avoir un impact sur l'enfant, cela ne signifie pas pour autant que le tribunal a le droit d'interdire le changement.

Le stress et l'instabilité sont les raisons pour lesquelles le tribunal doit prendre une décision. Pour réduire au minimum le stress dans l'avenir, par opposition à des objectifs plus utopiques et moins réalistes, le tribunal doit être des plus respectueux à l'égard du pouvoir de décision de la personne à qui le tribunal ou l'autre parent a confié la responsabilité première de l'enfant. Nous ne pouvons concevoir de régime qui protège le parent non gardien contre tout changement dans la vie du parent gardien susceptible de compromettre l'exercice du droit d'accès. [Je souligne.]

Pour en revenir à l'effet du changement de résidence par le parent gardien dans le contexte de requêtes en modification de garde, je passe maintenant à la question de savoir à qui incombe le fardeau de preuve.

IV. Le fardeau de preuve

Le droit du parent gardien de fixer le lieu de résidence de l'enfant, en tant qu'attribut du droit de garde, a des conséquences sur la répartition du fardeau de preuve.

Au départ, il faut noter qu'il n'existe aucune obligation légale claire pour le parent gardien d'aviser le parent qui n'a pas la garde du changement de résidence de l'enfant en l'absence d'une ordonnance de la cour rendue en vertu du par. 16(7) de la Loi, ou d'une entente valide à cet effet. Il conviendrait, néanmoins, que le parent gardien avise le parent qui n'a pas la garde d'un changement de résidence envisagé sauf, évidemment, si le

fear of violence to the custodial parent or the child, or some other circumstance where such notice would not be in the child's best interests or may not be possible.

This being said, it seems clear that, as in any other type of litigation, the onus of proof lies on the party seeking the variation of a previous court order (Payne, *supra*, at p. 306). This is particularly so in cases implying a change of residence, given the custodial parent's right to elect the place of residence of the children. As Sopinka J. states in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at p. 321:

In a civil case, the two broad principles are:

1. that the onus is on the party who asserts a proposition, usually the plaintiff;
2. that where the subject matter of the allegation lies particularly within the knowledge of one party, that party may be required to prove it.

The non-custodial parent must bear the onus of showing that the proposed change of residence will be detrimental to the best interests of the child to the extent that custody or access should be varied or, exceptionally, where there is cogent evidence that the child's best interests could not otherwise be accommodated in any reasonable way, that the child should remain in the jurisdiction. Where, however, there is a covenant or court order expressly restricting the child's change of residence, the onus should shift to the custodial parent to establish that the decision to relocate is not made in order to undermine the access rights of the non-custodial parent and that he or she is willing to make arrangements with the non-custodial parent to restructure access, when appropriate, in light of the change of residence of the child. In short, as Professors Bruch and Bowermaster, *supra*, put it (at p. 268):

Given the importance of maintaining the custodial household unless the child's welfare will be advanced by a custody transfer, and viewed strictly from the child's vantage point, it seems clear that a parent's motives for moving are generally irrelevant. [Emphasis added.]

parent gardien ou l'enfant ont fait l'objet de menaces ou craignent des actes de violence, ou si, dans d'autres circonstances, un tel avis n'était pas dans l'intérêt de l'enfant ou s'avérait impossible.

Cela étant dit, il semble clair que, comme dans tout autre type de litige, le fardeau de preuve incombe à la partie qui demande la modification d'une ordonnance judiciaire antérieure (Payne, *op. cit.*, à la p. 306). Cela est particulièrement vrai dans les affaires qui impliquent un changement de résidence, étant donné le droit du parent gardien de décider du lieu de résidence des enfants. Ainsi que le juge Sopinka l'écrit dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, à la p. 321:

En matière civile, les deux principes généraux sont les suivants:

1. le fardeau incombe à la partie qui fait valoir un argument, habituellement le demandeur;
2. lorsqu'une partie possède une connaissance particulière de l'objet de l'allégation, celle-ci peut être tenue d'en faire la preuve.

C'est au parent non gardien qu'incombe le fardeau d'établir que le changement de résidence envisagé sera préjudiciable à l'intérêt de l'enfant à un point tel que la garde ou le droit d'accès doivent être modifiés ou, exceptionnellement, que l'enfant doit demeurer dans la juridiction, pour autant qu'il y ait une preuve convaincante qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable qui servirait l'intérêt de l'enfant. Lorsque, en revanche, une entente ou une ordonnance judiciaire restreint expressément le changement de résidence de l'enfant, il appartiendra au parent gardien d'établir que la décision de déménager ne vise pas à frustrer le droit d'accès du parent non gardien et qu'il est disposé à prendre des arrangements avec ce dernier pour réviser les modalités du droit d'accès, dans la mesure du possible, à la lumière du changement de résidence de l'enfant. Bref, ainsi que les professeurs Bruch et Bowermaster, *op. cit.*, l'affirment (à la p. 268):

[TRADUCTION] Étant donné l'importance de maintenir la nouvelle unité familiale, sauf dans les cas où un transfert de la garde favorisera le bien-être de l'enfant, et strictement du point de vue de ce dernier, il semble clair que les motifs du parent qui déménage sont généralement sans pertinence. [Je souligne.]

105

In the most recent American decision on the question of relocation of custodial parents in California (*In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996)), where the law provides for “frequent and continuous contact” with the non-custodial parent and where, as here, there also exists a “presumptive “right” of a parent entitled to custody to change the residence of his or her minor children”, Mosk J., for the majority of the Supreme Court of California (Lucas C.J. and Kennard, George, Werdegar and Chin JJ. concurring), held on the precise point of the onus (at pp. 452-53):

Ordinarily, after a judicial custody determination, the noncustodial parent seeking to alter the order for legal and physical custody can do so only on a showing that there has been a substantial change of circumstances so affecting the minor child that modification is essential to the child’s welfare. As we have explained: “The (changed circumstance) rule requires that one identify a prior custody decision based upon circumstances then existing which rendered that decision in the best interest of the child. The court can then inquire whether alleged new circumstances represent a significant change from preexisting circumstances, requiring reevaluation of the child’s custody.”

We conclude that the same allocation of the burden of persuasion applies in the case of a custodial parent’s relocation as in any other proceeding to alter existing custody arrangements: “(I)n view of the child’s interest in stable custodial and emotional ties, custody lawfully acquired and maintained for a significant period will have the effect of compelling the noncustodial parent to assume the burden of persuading the trier of fact that a change (in custody) is in the child’s best interests.”

Similarly, the same standard of proof applies in a motion for change in custody based on the custodial parent’s decision to relocate with the minor children as in any other matter involving changed circumstances: “(O)nce it has been established (under a judicial custody decision) that a particular custodial arrangement is in the best interests of the child, the court need not reexamine that question. Instead, it should preserve the established mode of custody unless some significant change in cir-

Dans la décision américaine la plus récente sur la question de la mobilité du parent gardien en Californie (*In re Marriage of Burgess*, 51 Cal.Rptr.2d 444 (1996)), où la loi prévoit un [TRADUCTION] «contact fréquent et continu» avec le parent non gardien et où, comme ici, il existe aussi un [TRADUCTION] «droit «présomptif» reconnu au parent qui détient la garde de changer la résidence de ses enfants mineurs», le juge Mosk, au nom de la majorité de la Cour suprême de la Californie (aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Lucas et les juges Kennard, George, Werdegar et Chin), a déclaré sur la question précise du fardeau de la preuve (aux pp. 452 et 453):

[TRADUCTION] Normalement, suite à une détermination judiciaire de garde, le parent non gardien cherchant à faire modifier l’ordonnance de garde légale et physique ne peut le faire qu’en démontrant qu’il y a eu un changement important dans les circonstances affectant l’enfant mineur de telle sorte qu’une modification est essentielle au bien-être de l’enfant. Ainsi que nous l’avons expliqué: «La règle (du changement de circonstances) exige que l’on identifie une décision antérieure sur la garde fondée sur les circonstances alors existantes qui ont fait que cette décision reflétait le meilleur intérêt de l’enfant. Le tribunal peut alors déterminer si les nouvelles circonstances alléguées représentent un changement important par rapport aux circonstances préexistantes, exigeant une réévaluation de la garde de l’enfant.»

Nous concluons que la même allocation du fardeau de preuve s’applique au cas de changement de résidence du parent gardien comme à toute autre procédure visant à modifier le statu quo quant à la garde: «(À) la lumière de l’intérêt de l’enfant qui requiert la stabilité de la garde et de ses liens émotifs, la garde légalement obtenue et exercée pendant une période considérable aura pour effet d’imposer au parent non gardien le fardeau de convaincre le juge des faits qu’un changement (de garde) est dans le meilleur intérêt de l’enfant.»

De la même façon, une norme de preuve identique s’applique à une requête pour modification de garde fondée sur la décision du parent de déménager avec les enfants mineurs comme à toute autre affaire relative à un changement de circonstances: «(U)ne fois (qu’une décision judiciaire sur la garde a) établi qu’un arrangement donné relatif à la garde reflète le meilleur intérêt de l’enfant, le tribunal n’est pas tenu de réexaminer cette question. Au lieu de cela, il devrait maintenir le statu

cumstances indicates that a different arrangement would be in the child's best interest."

The showing required is substantial. We have previously held that a child should not be removed from prior custody of one parent and given to the other "unless the material facts and circumstances occurring subsequently are of a kind to render it essential or expedient for the welfare of the child that there be a change." In a "move away" case, a change of custody is not justified simply because the custodial parent has chosen, for any sound good faith reason, to reside in a different location, but only if, as a result of relocation with that parent, the child will suffer detriment rendering it "essential or expedient for the welfare of the child that there be a change."

This construction is consistent with the presumptive "right" of a parent entitled to custody to change the residence of his or her minor children, unless such removal would result in "prejudice" to their "rights or welfare". The dispositive issue is, accordingly, *not* whether *relocating* is itself "essential or expedient" either for the welfare of the custodial parent or the child, but whether a *change in custody* is "essential or expedient for the welfare of the child." [Italics in original; underlining added; references and footnotes omitted.]

Baxter J. (concurring in part, dissenting in part) agreed (at p. 455):

I also agree with the majority that when a relocation dispute arises *after* an initial award of custody has been made, the usual "changed circumstances" rule should apply. A child's welfare is not served by casual changes in caregiving arrangements, and the law abhors the endless relitigation of matters already determined. Hence, the parent who seeks a change in formal custody based on "changed circumstances" (including a parental relocation) bears the burden of persuading the court that in light of the new circumstances, an alteration of the existing award is in the child's "best interest." Thus again, a parent who wishes to relocate with the child has no special burden of proving the move is "necessary." [Italics in original; underlining added; references omitted.]

quo quant à la garde à moins qu'un changement important de circonstances n'indique qu'un arrangement différent serait dans le meilleur intérêt de l'enfant.»

La démonstration doit être substantielle. Nous avons déjà décidé que la garde d'un enfant ne devait pas être retirée à un parent et confiée à l'autre «à moins que les faits et circonstances pertinents advenus subséquentement soient de telle nature qu'il devienne essentiel ou opportun pour le bien-être de l'enfant qu'un changement ait lieu». Dans une cause de «déménagement», un changement de garde ne se justifie pas simplement parce que le parent gardien a choisi, pour un motif valable et de bonne foi, de résider à un autre endroit, mais seulement si, comme résultat du déménagement avec ce parent, l'enfant subira un préjudice de telle nature qu'il devienne «essentiel ou opportun pour le bien-être de l'enfant qu'un changement ait lieu».

Cette interprétation est compatible avec le droit «présomptif» reconnu au parent qui détient la garde de changer la résidence de ses enfants mineurs, à moins que ce déménagement n'ait pour résultat de porter «préjudice» à leurs «droits ou bien-être». La question déterminante, par conséquent, *n'est pas* de savoir si *déménager* en soi est «essentiel ou opportun» soit pour le bien-être du parent gardien ou celui de l'enfant, mais plutôt de savoir si un *changement de garde* est «essentiel ou opportun pour le bien-être de l'enfant.» [Je souligne; en italique dans l'original; citations et renvois omis.]

Le juge Baxter (dissident en partie) s'est prononcé dans le même sens (à la p. 455):

[TRADUCTION] Je suis aussi d'accord avec la majorité pour conclure que lorsqu'un litige relatif au déménagement du parent gardien naît *après* qu'une ordonnance initiale de garde ait été rendue, la règle générale du «changement de circonstances» devrait s'appliquer. Le bien-être d'un enfant n'est pas promu par des changements désinvoltes dans les arrangement relatifs aux soins essentiels qui lui sont prodigués et le droit a horreur des litiges sans fin sur des questions qui ont déjà été décidées. Par conséquent, le parent qui recherche la modification d'une ordonnance de garde fondée sur un «changement de circonstances» (incluant le déménagement d'un parent) a le fardeau de persuader le tribunal qu'à la lumière des nouvelles circonstances, une modification de l'ordonnance existante est dans le «meilleur intérêt» de l'enfant. Ainsi, un parent qui désire déménager avec l'enfant n'a aucune obligation particulière de prouver que le déménagement est «nécessaire». [Je souligne; en italique dans l'original; citations omises.]

107 The difficulty, of course, lies in determining what standard should be applied by courts when deciding relocation disputes upon an application for variation of custody, a matter I will now turn to.

V. Standard for Resolving Relocation Disputes

108 Although the Act makes clear that the best interests of the child are the only consideration to be taken into account in making orders concerning children (ss. 16(8) and 17(5)), in assessing those interests, a number of factors must be considered, not the least of which is the desirability of promoting maximum contact between the child and the non-custodial parent, as the Act also makes clear (ss. 16(10) and 17(9)).

109 Access exists in recognition of the fact that it is usually in the best interests of the child to maintain and foster a meaningful relationship with both parents after divorce or separation. As McLachlin J. notes in *Young, supra*, at p. 118, research suggests that ongoing contact with the non-custodial parent may mitigate the detrimental consequences of divorce upon children. See also N. Weisman, "On Access After Parental Separation" (1992), 36 R.F.L. (3d) 35, at pp. 48-54; S. Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), at p. 253; J. D. Payne and K. L. Kallish, "A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 215, at pp. 220-25. This finds expression in the fact that, in Canada, access is denied in only 2.4 percent of cases (Department of Justice of Canada, *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation* (1990), at p. 111).

110 Important as contact with the non-custodial parent may be, it should be noted that not all experts agree on the weight to be given to such contact in assessing the best interests of children. Several studies suggest that, after parental separation, "the visits by the non-custodial parent will [likely] gradually diminish or terminate" (Payne and Kal-

La difficulté, évidemment, tient à la détermination de la norme que les tribunaux doivent appliquer lorsqu'ils statuent sur des litiges concernant le déménagement dans le cadre d'une requête en modification de garde, question que j'aborderai maintenant.

V. La norme de résolution des conflits liés au déménagement

Bien que la Loi précise que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il rend une ordonnance relative aux enfants (par. 16(8) et 17(5)), il doit, pour déterminer en quoi consiste cet intérêt, considérer un éventail de facteurs, dont l'opportunité de maximiser le contact entre l'enfant et le parent non gardien n'est pas le moindre, ainsi que la Loi le précise également (par. 16(10) et 17(9)).

Si le droit d'accès existe, c'est que l'on reconnaît qu'il est en général dans l'intérêt de l'enfant de favoriser et d'entretenir une relation valable avec les deux parents après un divorce ou une séparation. Ainsi que le juge McLachlin le remarque dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 118, les recherches indiquent qu'un contact soutenu avec le parent non gardien peut atténuer chez les enfants les effets néfastes du divorce. Voir également N. Weisman, «On Access After Parental Separation» (1992), 36 R.F.L. (3d) 35, aux pp. 48 à 54; S. Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), à la p. 253; J. D. Payne et K. L. Kallish, «A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family» (1981), 13 *R.D. Ottawa* 215, aux pp. 220 à 225. Aussi peut-on constater qu'au Canada, l'accès est dénié dans 2,4 pour 100 des cas uniquement (Ministère de la Justice du Canada, *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation* (1990), à la p. 124).

Aussi important que puisse être le contact avec le parent non gardien, il y a lieu de souligner que les experts ne s'entendent pas sur le poids qu'il convient d'attribuer à cet élément pour évaluer l'intérêt de l'enfant. Plusieurs études indiquent qu'il est probable qu'après une séparation, [TRANSDUCTION] «les visites du parent qui n'a pas la garde

lish, *supra*, at p. 223; see also Weisman, *supra*, at p. 62; M. Richards, "Divorcing children: roles for parents and the state", in J. Eekelaar and M. Maclean, eds., *Family Law* (1994), 249, at p. 251). Other concerns relate to access enforcement and the risk of tensions between the parents as regards access (Department of Justice of Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper* (1993), at p. 9; S. B. Boyd, "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?", in K. Busby, L. Fainstein and H. Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation* (1990), 69, at p. 84).

The paramountcy of the best interests of the child and the objective of promoting maximum contact with the non-custodial parent consistent with such interests are thus the two fundamental premises which must inform the decision of the court in an application to vary custody linked to the change of residence of the custodial parent.

Changes of residence, which might imply a move to another province, territory or country for instance, are inevitable in light of the economic needs and the growing mobility of our society as well as the desirable objective that individuals rebuild their lives after divorce or separation. Faced with such a change of residence, parents generally come to an agreement and rearrange access modalities in order to ensure that the contact with the non-custodial parent is maintained in a meaningful way, in spite of the relocation. In fact, statistics indicate that only a small proportion of custody cases are litigated or court imposed (Department of Justice of Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper, supra*, at p. 18; see also J. D. Payne and M. A. Payne, *Introduction to Canadian Family Law* (1994), at p. 124, suggesting that less than one percent of divorces result in a custody trial).

diminueront graduellement ou cesseront complètement» (Payne et Kallish, *loc. cit.*, à la p. 223; voir également Weisman, *loc. cit.*, à la p. 62; M. Richards, «Divorcing children: roles for parents and the state», dans J. Eekelaar et M. Maclean, dir., *Family Law* (1994), 249, à la p. 251). Certaines autres préoccupations portent sur le respect du droit d'accès et sur le risque de tensions entre les parents à cet égard (Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès* (1993), à la p. 10; S. B. Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», dans K. Busby, L. Fainstein et H. Penner, dir., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation* (1990), 69, à la p. 84).

La prépondérance de l'intérêt de l'enfant et l'objectif qui consiste à maximiser le contact avec le parent non gardien en autant qu'il soit compatible avec cet intérêt, sont donc deux prémisses fondamentales dont le tribunal doit tenir compte dans le cadre d'une requête en modification de garde liée au changement de résidence du parent gardien.

Les changements de résidence, qui peuvent entraîner un déménagement dans une autre province ou territoire ou dans un pays étranger par exemple, sont inévitables étant donné les besoins économiques et la mobilité croissante de notre société, de même que l'objectif souhaitable que les individus refassent leur vie après le divorce ou la séparation. Lorsqu'il y a un changement de résidence, les parents s'entendent généralement ou revisitent les modalités du droit d'accès afin que le contact avec le parent non gardien soit maintenu de façon valable en dépit du déménagement. En fait, les statistiques révèlent qu'une faible portion seulement des cas touchant la garde font l'objet d'un litige ou sont tranchés par les tribunaux (Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès, op. cit.*, à la p. 19; voir également J. D. Payne et M. A. Payne, *Introduction to Canadian Family Law* (1994), à la p. 124, qui donnent à entendre que moins de 1 pour 100 des divorces mènent à un procès portant sur la garde).

111

112

113 In *Burgess, supra*, Mosk J., for the majority, shared similar views (at pp. 451-52):

As this case demonstrates, ours is an increasingly mobile society. *Amici curiae* point out that approximately one American in five changes residences each year. Economic necessity and remarriage account for the bulk of relocations. Because of the ordinary needs for *both* parents after a marital dissolution to secure or retain employment, pursue educational or career opportunities, or reside in the same location as a new spouse or other family or friends, it is unrealistic to assume that divorced parents will permanently remain in the same location after dissolution or to exert pressure on them to do so. It would also undermine the interest in minimizing costly litigation over custody and require the trial courts to "micromanage" family decisionmaking by second-guessing reasons for everyday decisions about career and family.

More fundamentally, the "necessity" of relocating frequently has little, if any, substantive bearing on the suitability of a parent to retain the role of a custodial parent. A parent who has been the primary caretaker for minor children is ordinarily no less capable of maintaining the responsibilities and obligations of parenting simply by virtue of a reasonable decision to change his or her geographical location. [Italics in original; underlining added; footnotes omitted.]

114 Parental agreements should be the rule and must be encouraged since parents are generally in the best position to assess the best interests of the child. In addition, such agreements minimize ongoing parental conflict and litigation, which are clearly not in the best interests of children. Research on the emotional impact on children of such conflict, notwithstanding its limits, widely supports this common sense observation. See *Young, supra*, at p. 80 (*per* L'Heureux-Dubé J.); N. Weisman, *supra*, at pp. 54-61; R. Krell, "The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 175.

Dans l'affaire *Burgess*, précitée, le juge Mosk, au nom de la majorité, s'est prononcé dans le même sens (aux pp. 451 et 452):

[TRADUCTION] Ainsi que l'illustre cette cause, la mobilité de notre société est croissante. Les «*amici curiae*» soulignent qu'un Américain sur cinq environ change de résidence chaque année. Nécessités économiques et remariages expliquent la majorité des déménagements. Parce que les besoins ordinaires des *deux* parents après une séparation requièrent qu'ils obtiennent ou conservent un emploi, qu'ils poursuivent des études ou leur carrière ou qu'ils résident au même endroit qu'un nouveau conjoint, d'autres membres de leur famille ou des amis, il est irréaliste de présumer que des parents divorcés demeureront de façon permanente à proximité l'un de l'autre après leur séparation ou d'exiger qu'ils le fassent. Cela minerait aussi l'intérêt à minimiser les coûts associés aux litiges en matière de garde et demanderait aux tribunaux de première instance de «se pencher avec minutie» sur le processus décisionnel familial en remettant continuellement en doute les motifs sous-jacents aux décisions quotidiennes concernant des questions professionnelles et familiales.

De façon plus fondamentale, la «nécessité» de déménager fréquemment a généralement peu, sinon aucune, incidence pertinente sur l'aptitude d'un parent à continuer son rôle de parent gardien. Un parent qui a été la personne qui a prodigué les soins essentiels à des enfants mineurs n'est habituellement pas moins capable d'exercer les responsabilités et les obligations parentales simplement en raison d'une décision raisonnable de changer de résidence. [Je souligne; en italique dans l'original; renvois omis.]

Les ententes entre les parents devraient être la règle et doivent être encouragées puisque les parents sont généralement les mieux placés pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. En outre, ces ententes minimisent les conflits et litiges continus entre les parents, conflits qui ne sont manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant. En dépit de leurs limites, les recherches sur l'impact de tels conflits sur l'affectivité des enfants confirment amplement cette observation de pur bon sens. Voir l'arrêt *Young*, précité, à la p. 80 (le juge L'Heureux-Dubé); N. Weisman, *loc. cit.*, aux pp. 54 à 61; R. Krell, «The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes», dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 175.

In the few cases where agreement between the parents is not possible, courts will be called upon to decide. It is never an easy task and sometimes courts can only choose between the lesser of two evils. As Weisman, *supra*, quite realistically observes, at p. 36:

... access issues often present the most intractable problems in all family law. On occasion, fairness and enforceability are impossible to achieve, and the most for which one can hope is the least detrimental alternative for the child. [Footnotes omitted.]

In order to assist courts in making those difficult determinations, some guidelines may be useful.

In the absence of express restrictions relating to the incidents of custody, such as the child's place of residence, it must be assumed that an existing custody order or agreement reflects the best interests of the child and that such interests lie with the custodial parent. There is nothing revolutionary about this proposition, which flows from the Act which states that courts, in making orders under s. 16(8), "shall take into consideration only the best interests of the child". In this respect, deciding upon the merits of an application to vary custody under the Act, in *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, leave to appeal to S.C.C. refused, [1990] 1 S.C.R. vii, the Ontario Court of Appeal, *per curiam*, states, at p. 96:

It is fundamental that where custody has been awarded to the mother pursuant to a decree nisi, that order is presumed to be the right order in the child's best interests. Where, as here, the mother has enjoyed custody for several years pursuant to such an order, then obviously there is a burden on the father to prove that circumstances have so changed that it is no longer in the best interests of the child that he should remain in the custody of the mother. [Emphasis added.]

See also *Willick, supra*, at p. 687 (*per Sopinka J.*) and at pp. 734-35 (*per L'Heureux-Dubé J.*).

Dans les rares cas où les parents n'arrivent pas à s'entendre, les tribunaux devront trancher. Ce n'est jamais une tâche facile, et il arrive parfois que les tribunaux ne puissent que choisir entre le moindre de deux maux. Ainsi que Weisman, *loc. cit.*, le fait remarquer de façon fort réaliste, à la p. 36:

[TRADUCTION]... ce sont fréquemment les questions d'accès qui posent les problèmes les plus difficiles de tout le droit de la famille. Il arrive parfois que l'équité et la force exécutoire des ordonnances relèvent de l'impossible, et l'on ne peut alors espérer qu'une solution qui soit le moins dommageable possible pour l'enfant. [Renvois omis.]

Afin d'aider les tribunaux appelés à prendre ces décisions difficiles, quelques guides peuvent être utiles.

En l'absence de restrictions expresses quant aux attributs de la garde tel le lieu de résidence de l'enfant, il faut tenir pour acquis que l'ordonnance ou l'entente qui existent quant à la garde servent l'intérêt de l'enfant et qu'il est dans cet intérêt qu'il demeure avec le parent gardien. Cette proposition n'a rien de révolutionnaire; elle procède directement de la Loi, qui prescrit que, lorsqu'il rend une ordonnance en vertu du par. 16(8), le tribunal «ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant». À cet égard, statuant sur le fond d'une requête en modification de garde en vertu de la Loi, dans *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92, autorisation de pourvoi refusée, [1990] 1 R.C.S. vii, la Cour d'appel de l'Ontario, *per curiam*, affirme, à la p. 96:

[TRADUCTION] Lorsque la garde a été confiée à la mère conformément à un jugement conditionnel de divorce, il est essentiel que cette ordonnance soit présu-
mée être dans l'intérêt de l'enfant. Lorsque, comme en l'espèce, la mère a joui de la garde pendant plusieurs années conformément à une telle ordonnance, de toute évidence le père doit démontrer que les circonstances ont changé au point qu'il n'est plus dans l'intérêt de l'enfant d'être confié à la garde de la mère. [Je souligne.]

Voir également *Willick*, précité, à la p. 687 (le juge Sopinka) et aux pp. 734 et 735 (le juge L'Heureux-Dubé).

115

116

117 The attribution of custody to one parent carries with it the presumption that such parent is the most able to ensure the best interests of the child, for whatever reasons custody is decided. For that matter, both parents may be loving, concerned and caring, they may be equally fit and good parents, but assessing the material, moral and psychological needs of a child commands a much broader inquiry. If, after conducting such an inquiry, or by mutual consent of the parties, a child's custody is entrusted to one of them, it necessarily follows that such parent has been found to be best able to ensure the best interests of the child, taking into account all the circumstances of the parties and the child.

118 The basic premise according to which the custodial parent must be assumed to carry out his or her decision-making responsibilities in the child's best interests is in no way attached to a particular incident of custody, but rather stems from the inextricable link between the significant decision-making responsibility entrusted to the custodial parent and the best interests of the child. As I stated in *Young, supra*, at pp. 41-42:

The traditional decision-making power of the custodial parent recognized by law is intimately connected to the welfare of the child, as the need for a secure and constant source of parental responsibility in the life of the child is well understood among those who are knowledgeable in the psychology of children. J. Goldstein, A. Freud and A. J. Solnit in *Beyond the Best Interests of the Child* (1979) identified three imperatives that must govern child placement decisions such as custody arrangements. Such decisions should: safeguard the child's need for continuity of relationships, reflect the child's, not the adult's, sense of time, and take into account the law's inability to supervise interpersonal relationships and the limits of knowledge to make long-range predictions (*supra*, at pp. 31, 40 and 49). The need for continuity generally requires that the custodial parent have the autonomy to raise the child as he or she sees fit without interference with that authority by the state or the non-custodial parent, as it is the inability of the custodial parent to protect those interests sufficiently which poses the real threat to the welfare of the child. A custody award can thus be regarded as a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer. . . .

L'attribution de la garde à un parent emporte la présomption que ce dernier est le mieux en mesure de protéger l'intérêt de l'enfant, pour quelque raison que la garde ait été accordée. À cet égard, les deux parents peuvent être affectueux, attentifs et tendres, et peuvent être des parents également aptes et bons, mais l'évaluation des besoins matériels, affectifs et psychologiques de l'enfant exige une analyse beaucoup plus approfondie. Si, après une telle analyse, ou du consentement mutuel des parties, la garde d'un enfant est confiée à l'un d'eux, il s'ensuit nécessairement que ce parent a été jugé le plus apte à assurer l'intérêt de l'enfant, compte tenu de toutes les circonstances des parties et de l'enfant.

La prémisse fondamentale selon laquelle on doit présumer que le parent gardien s'acquitte de ses obligations et prend des décisions dans l'intérêt de l'enfant n'est en rien rattachée à un attribut particulier de la garde, mais naît plutôt du lien inextricable qui existe entre l'importante responsabilité décisionnelle confiée au parent gardien et l'intérêt de l'enfant. Ainsi que je l'ai écrit dans *Young, précité*, aux pp. 41 et 42:

Le pouvoir décisionnel traditionnel du parent gardien, reconnu par la loi, est étroitement lié au bien-être de l'enfant, car le besoin d'une source sûre et constante de responsabilité parentale dans la vie de l'enfant est bien compris des spécialistes de la psychologie des enfants. J. Goldstein, A. Freud et A. J. Solnit ont défini, dans leur ouvrage *Beyond the Best Interests of the Child* (1979), trois impératifs qui doivent guider le tribunal appelé à trancher des questions relatives au placement de l'enfant, dont celle de la garde: voir à satisfaire le besoin de continuité de la relation de l'enfant; refléter la notion du temps de l'enfant et non celle de l'adulte; tenir compte de l'incapacité pour le droit de surveiller les rapports interpersonnels et des limites de nos connaissances en ce qui a trait aux prédictions à long terme (*op. cit.*, aux pp. 31, 40 et 49). Le besoin de continuité exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde, car c'est l'incapacité du parent gardien de protéger suffisamment ces intérêts de l'enfant qui constitue la vraie menace pour son bien-être. On peut donc affirmer qu'en matière d'attribution de garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables. . .

As Goldstein, Freud and Solnit stress, an important function of the law on divorce or separation is to reinforce the remainder of the family unit so that children may get on with their lives with as little disruption as possible. Courts are not in a position, nor do they presume to be able, to make the necessary day-to-day decisions which affect the best interests of the child. That task must rest with the custodial parent, as he or she is the person best placed to assess the needs of the child in all its dimensions Once a court has determined who is the appropriate custodial parent, it must, indeed it can do no more than, presume that that parent will act in the best interests of the child. [Emphasis added.]

It follows that where, as here, a decision of the custodial parent is challenged by the non-custodial parent on the basis that it is not in the child's best interests, "[t]he emphasis should be . . . on deferring to the decision-making responsibilities of the custodial parent, unless there is substantial evidence that those decisions impair the child's, not the access parent's, long-term well-being" (*MacGyver v. Richards, supra*, at p. 445 (*per Abella J.A.*); emphasis added). It must be remembered, as Twaddle J.A. points out in *Lapointe v. Lapointe, supra*, at p. 620:

In all but unusual cases, the custodial parent is in a better position than a judge to decide what is in the child's best interests. A judge can scrutinize the decision, ensure that it is reasonable and even say, when clearly shown, that the custodial parent's decision is not in fact in the child's best interests, but initially it is the person entrusted with the responsibility of bringing up the child who probably knows best.

The same line of thought was endorsed by the New Brunswick Court of Appeal in the more recent decision *Benoît v. Reid, supra*, dealing with the issue of the custodial parent's mobility in the context of custody. In light of the fact that "[a] custody award can . . . be regarded as a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer" (p. 178 (emphasis in the original)), Bastarache J.A. (Ryan J.A. concurring) writes, at p. 180:

Comme le soulignent Goldstein, Freud et Solnit, une fonction importante des lois en matière de divorce ou de séparation vise le renforcement de ce qui reste de la cellule familiale, de sorte que les enfants puissent reprendre leur vie et subir le moins de perturbations possible. Les tribunaux ne sont pas en mesure, ni ne prétendent l'être, de prendre les décisions quotidiennes qui touchent l'intérêt de l'enfant. C'est au parent gardien que revient cette tâche, car il est le mieux placé pour évaluer les besoins de l'enfant dans toutes ses dimensions. [. . .] Une fois que le tribunal a déterminé à qui il convient de confier la garde, il doit et, en réalité, il ne peut rien faire de plus, présumer que le parent agira dans le meilleur intérêt de l'enfant. [Je souligne.]

Il s'ensuit que si, comme en l'espèce, une décision du parent gardien est contestée par le parent qui n'a pas la garde pour le motif qu'elle n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, [TRADUCTION] «[i]l y a lieu [. . .] de s'en remettre au pouvoir décisionnel du parent gardien, à moins qu'il n'y ait une preuve substantielle que ces décisions portent atteinte au bien-être à long terme non pas du parent qui a un droit d'accès, mais de l'enfant» (*MacGyver c. Richards*, précité, à la p. 445 (le juge Abella); je souligne). Il faut se rappeler, ainsi que le souligne le juge Twaddle dans *Lapointe c. Lapointe*, précité, à la p. 620, que:

[TRADUCTION] À moins de cas exceptionnels, le parent gardien est mieux placé que le juge pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Le juge peut examiner la décision pour s'assurer qu'elle est raisonnable et même conclure, lorsque la preuve est claire, qu'en fait la décision du parent gardien n'est pas dans l'intérêt de l'enfant; au départ, toutefois, c'est la personne à qui est confiée la responsabilité d'éduquer l'enfant qui sait probablement ce qui lui convient le mieux.

Le même raisonnement a été endossé par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt plus récent *Benoît c. Reid*, précité, sur la question de la mobilité du parent gardien dans le contexte de la garde. Compte tenu du fait qu' [TRADUCTION] «[o]n peut [. . .] affirmer qu'en matière d'attribution de la garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables» (p. 178 (souligné dans l'original)), le juge Bastarache (aux motifs duquel a souscrit le juge Ryan) écrit à la p. 180:

The test to be applied is whether there is any reason to believe that the move would not be in the best interests of the child. [Emphasis added.]

120 Upon entrusting custody to the custodial parent, a number of factors play a role in the assessment of the best interests of the child, for such best interests “encompass not only physical and economic well-being, but also emotional, psychological, intellectual and moral well-being” (Payne, *supra*, at p. 279). Courts are called upon to balance such considerations as the child’s physical, emotional, social and economic needs in light of the quality of his or her relationship with both parents, their respective ability to look after the child’s best interests and, where the child is old and mature enough, his or her wishes and preferences (see, for instance, s. 8 of the Saskatchewan *Children’s Law Act*). The desirability of maintaining maximum contact between the child and both parents is but one of those numerous factors, albeit a very significant one.

121 The assessment of the child’s best interests also involves a consideration of the particular role and emotional bonding the child enjoys with his or her primary caregiver. The importance of preserving the child’s relationship with his or her psychological parent has long been recognized by this Court on a number of occasions (*Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at p. 202; *Racine v. Woods*, *supra*, at p. 188; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 101). There is a growing body of evidence that this relationship may well be the most determinative factor on the child’s long-term welfare. As I mentioned in *Young*, *supra*, at p. 66, the vital link between continuity in the emotional bonding of the child with his or her psychological parent and the best interest of the child finds ample support in the literature:

Goldstein, Freud and Solnit’s *Beyond the Best Interests of the Child*, *supra*, while perhaps lacking in empirical data, remains an influential analysis of the psychological needs of children following divorce. The authors emphasize, among other factors, the importance of continuity in the child’s relationships and conclude that the

[TRADUCTION] Le critère à appliquer est de voir s’il y a motif de croire que le déménagement ne serait pas dans l’intérêt supérieur de l’enfant. [Je souligne.]

Dans l’attribution de la garde au parent gardien, plusieurs facteurs jouent un rôle dans l’évaluation de l’intérêt de l’enfant puisque cet intérêt [TRADUCTION] «englobe non seulement son bien-être physique et économique, mais également son bien-être affectif, psychologique, intellectuel et moral» (Payne, *op. cit.*, à la p. 279). Les tribunaux sont appelés à pondérer des facteurs comme les besoins physiques, affectifs, sociaux et économiques de l’enfant, à la lumière de la qualité de la relation que celui-ci entretient avec ses deux parents, de la capacité respective de ces derniers de veiller à son intérêt et, si l’enfant est suffisamment âgé et mûr, de son désir et de ses préférences (voir par exemple l’art. 8 de la *Children’s Law Act* de la Saskatchewan). L’opportunité de favoriser un contact maximum entre l’enfant et ses deux parents n’est que l’un de ces nombreux facteurs, quoi qu’il soit fort important.

La détermination de l’intérêt de l’enfant commande également un examen du rôle particulier de la personne qui lui prodigue les soins essentiels et du lien affectif que l’enfant entretient avec elle. L’importance de maintenir le lien de l’enfant avec son parent psychologique a depuis longtemps été reconnue par notre Cour dans plusieurs arrêts (*Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, à la p. 202; *Racine c. Woods*, précité, à la p. 188; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 101). Selon des données qui s’accumulent, il se peut fort bien que ce lien soit le facteur le plus déterminant quant au bien-être à long terme de l’enfant. Ainsi que je l’ai mentionné dans *Young*, précité, à la p. 66, le lien vital entre, d’une part, le maintien des liens affectifs de l’enfant avec son parent psychologique et l’intérêt de l’enfant, d’autre part, est amplement appuyé dans la doctrine:

Malgré peut-être ses lacunes au niveau des données empiriques, l’ouvrage de Goldstein, Freud et Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, *op. cit.*, reste fondamental pour l’analyse des besoins psychologiques des enfants à la suite d’un divorce. Les auteurs y font ressortir, entre autres, l’importance de la continuité des liens

major focus of custody decisions should be to preserve and protect the relationship between the child and his or her psychological parent. [Emphasis added.]

See also Weisman, *supra*, at p. 47; cited in Bruch and Bowermaster, *supra*: F. F. Furstenberg and A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), at pp. 107-8; E. E. Maccoby and R. H. Mnookin, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (1992), at p. 295; and V. King, "Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?" (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

It is against the backdrop of those various factors that came into play in the prior decision as to custody that, upon deciding the merits of an application for variation linked to a change in the circumstances of the child, "the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change" (s. 17(5) of the Act (emphasis added)). If, as my colleague suggests, "[t]he judge on the variation application must consider the matter anew" and that "[t]he earlier conclusion that the custodial parent was the best person to have custody is no longer determinative" (para. 17), one wonders why s. 17(5) has added after the words "the best interests of the child" the words "as determined by reference to that change". This particular wording is indicative that where the change consists of the proposed relocation of the child by the custodial parent, what must be ascertained is the impact of such relocation on the existing custody order which must be assumed to properly ensure the child's best interests.

The change of residence of the child will generally imply restructuring access. In most cases, it will be possible to rearrange access in such a way that, if less frequent, it will be for longer periods of time (J. D. Montgomery, "Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches" (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1, at p. 4; Payne, *supra*, at p. 318). Indeed, studies reveal that the quality of the non-custodial parent's relationship with the child is not tied to the duration or

avec l'enfant et concluent que les décisions en matière de garde devraient viser avant tout à présenter et à protéger les liens entre l'enfant et son parent psychologique. [Je souligne.]

Voir également Weisman, *loc. cit.*, à la p. 47; cité dans Bruch et Bowermaster, *loc. cit.*: F. F. Furstenberg et A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), aux pp. 107 et 108; E. E. Maccoby et R. H. Mnookin, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (1992), à la p. 295; et V. King, «Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?» (1994), 15 *J. Fam. Issues* 78.

C'est à la lumière de tous ces différents facteurs qui ont joué un rôle dans la décision antérieure relative à la garde que, lorsqu'il statue sur le fond d'une requête en modification liée à un changement dans la situation de l'enfant, le tribunal «ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement» (par. 17(5) de la Loi (je souligne)). Si, comme ma collègue le donne à entendre, «[l]e juge qui entend la requête en modification] doit considérer l'affaire d'un œil nouveau», et «[l]a conclusion précédente portant que le parent gardien était le plus apte à obtenir la garde de l'enfant n'est plus déterminante» (par. 17), on peut alors se demander pourquoi on a ajouté au par. 17(5), après les mots «l'intérêt de l'enfant», les mots «défini en fonction de ce changement». Ce libellé particulier révèle que, lorsque le changement est le déménagement proposé de l'enfant par le parent gardien, ce qui doit être apprécié est l'impact de ce déménagement sur l'ordonnance de garde existante qui, elle, doit être présumée protéger adéquatement l'intérêt de l'enfant.

Le changement de résidence de l'enfant impliquera généralement un remaniement du droit d'accès. Dans la plupart des cas, il sera possible de varier l'accès de façon que, s'il est moins fréquent, il couvre de plus longues périodes (J. D. Montgomery, «Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches» (1991), 5 *Am. J. Fam. L.* 1, à la p. 4; Payne, *op. cit.*, à la p. 318). En fait, les recherches révèlent que la qualité de la relation du parent non gardien

122

123

frequency of visits (J. S. Wallerstein, "Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children" (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199, at p. 208, as cited in Bruch and Bowermaster, *supra*). Furthermore, there are a number of ways other than personal visits to maintain contact, such as telephone calls or other technological devices. These are encompassed by ss. 16(10) and 17(9) of the Act which provide for facilitating "contact" between the child and both parents.

avec l'enfant n'est pas fonction de la durée ni de la fréquence des visites (J. S. Wallerstein, «Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children» (1987), 57 *Am. J. Orthopsychiatry* 199, à la p. 208, cité dans Bruch et Bowermaster, *loc. cit.*). Par ailleurs, il existe de nombreux moyens autres que les visites en personne pour maintenir le contact, comme les appels ou d'autres moyens technologiques. Ces derniers sont envisagés aux par. 16(10) et 17(9) de la Loi, qui vise à faciliter le «contact» entre l'enfant et ses deux parents.

124 By itself, the proposed move of the child does not affect his or her relationship with the non-custodial parent nor does it put at issue the ability of the custodial parent to look after the best interests of the child. In most cases, however, such a change of residence does entail a change to access. All other factors being equal and given that access is but one factor which was taken into account in entrusting custody of the child to the custodial parent, it seems logical that, in order for a change to access to outweigh all other considerations, substantial evidence of a net detriment accruing to the child as a result of such change must be adduced by the non-custodial parent.

En soi, le déménagement proposé de l'enfant ne change rien à sa relation avec le parent non gardien, ni ne remet en question la capacité du parent gardien de veiller à l'intérêt de l'enfant. Dans la plupart des cas, cependant, ce changement de résidence emporte effectivement une modification du droit d'accès. Tous autres facteurs étant égaux, et puisque l'accès n'est que l'un des facteurs dont il a été tenu compte dans la décision de confier la garde de l'enfant au parent gardien, il semble logique, pour qu'un changement du droit d'accès l'emporte sur tous les autres facteurs, qu'une preuve substantielle que l'enfant subira manifestement un préjudice par suite de ce changement doive être faite par le parent non gardien.

125 While a change of residence does entail some amount of adaptation on the part of the child as well as both parents, a variation of custody is clearly a more violent disruption in the life of a child. It must be remembered that if a transfer of custody is ordered, another move is to take place, that of the child with the non-custodial parent, with all it implies in terms of future limitations on the child's relationship with his or her primary caretaker. Those considerations underlie the courts' general reluctance to interfere with the custodial parent's decision to relocate by ordering a variation of custody. According to Professor Payne, *supra*, at pp. 305-6:

Si un changement de résidence requiert effectivement une certaine adaptation de la part de l'enfant et des deux parents, une modification de garde est un bouleversement de toute évidence plus brutal dans la vie d'un enfant. Est-il nécessaire de rappeler qu'un transfert de garde entraînera un second déménagement, celui de l'enfant avec l'autre parent, avec tout ce que cela comporte en termes de restrictions futures sur la relation de l'enfant avec le parent qui lui prodiguait les soins essentiels. C'est en raison de ces considérations que les tribunaux hésitent en général à s'immiscer dans la décision du parent gardien de déménager et à ordonner la modification de la garde. D'après le professeur Payne, *op. cit.*, aux pp. 305 et 306:

The discretionary power to vary a subsisting custody order should be exercised cautiously. Existing custody arrangements will not lightly be disturbed unless the evidence cogently demonstrates that the best interests of

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de garde existante doit être exercé avec prudence. Le statu quo relativement à la garde ne sera pas modifié à la légère; il faudra que la preuve démontre

the children will be served by the changes being made. [Footnotes omitted.]

Generally, disrupting the relationship of the child with his or her primary caregiver will be more detrimental to the child than reduced contact with the non-custodial parent (J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, at p. 435; B. Hovius, "The Changing Role of the Access Parent" (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123, at p. 132; Richards, *supra*, at p. 252). However, where the children are older and can manifest their preferences, a change of custody may be envisaged, particularly when the relationship with the non-custodial parent is of such a quality and benefit to the child as to make a change of custody the best alternative taking into account all the circumstances.

It must be emphasised that cogent evidence of the quality and richness of such a relationship will be required to offset the effect upon the child of disrupting his or her relationship with the custodial parent. As Abella J.A. puts it in *MacGyver v. Richards*, *supra*, at p. 443:

... it is, in my view, a quantum leap from the observation that a child has a good relationship with a non-custodial parent to the conclusion that the preservation of this relationship is the determinative factor in deciding what is in the child's best interests.

The significance of such a relationship in the child's life should not be assumed, even in the presence of a restrictive covenant or court order as to the child's place of residence, broad or specified access or joint custody. Rather, in assessing the child's best interests, the focus should be on the reality of the parenting and child care arrangements (J. D. Payne and E. Overend, "The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction" (1984), 15 *R.G.D.* 645, at pp. 652-55).

In the majority of situations, the child's best interests will be easily ascertainable. Where, for instance, access is not regularly exercised, not in the child's best interests nor significant enough,

de façon convaincante que l'intérêt des enfants sera servi par les changements effectués. [Revois omis.]

En général, rompre la relation de l'enfant avec la personne qui lui prodigue les soins essentiels sera davantage néfaste pour l'enfant qu'un contact moindre avec le parent non gardien (J. G. McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 433, à la p. 435; B. Hovius, «The Changing Role of the Access Parent» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 123, à la p. 132; Richards, *loc. cit.*, à la p. 252). Cependant, lorsque les enfants sont plus âgés et en mesure d'exprimer leurs préférences, un changement de garde pourrait être envisagé, particulièrement lorsque la relation avec le parent non gardien est d'une si grande qualité et bénéficie à l'enfant à un point tel que ce changement est la meilleure solution compte tenu de toutes les circonstances.

Il y a lieu de souligner qu'il faudra une preuve convaincante de la qualité et de la profondeur de cette relation pour contrebalancer l'effet sur l'enfant de la rupture de sa relation avec le parent gardien. Ainsi que l'observe le juge Abella dans *MacGyver c. Richards*, précité, à la p. 443:

[TRADUCTION] ... il y a à mon avis un pas énorme à franchir entre le fait de constater qu'un enfant entretient une bonne relation avec le parent qui n'a pas la garde et la conclusion que le maintien de cette relation est le facteur clé dans la détermination de l'intérêt de l'enfant.

On ne doit pas présumer de l'importance d'une telle relation dans la vie de l'enfant, même en présence d'une convention ou d'une ordonnance judiciaire restrictives quant au lieu de résidence de l'enfant, au droit d'accès général ou précis, ou s'il s'agit d'une garde partagée. Dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, on doit plutôt mettre l'accent sur la réalité du rôle des parents et leur implication envers les enfants (J. D. Payne and E. Overend, «The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction» (1984), 15 *R.G.D.* 645, aux pp. 652 à 655).

Dans la majorité des cas, on pourra facilement déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant. Lorsque, par exemple, le droit d'accès n'est pas exercé de façon régulière, ou qu'il n'est pas dans

126

127

128

the child is very young or has clearly expressed his or her preferences to remain with the custodial parent or the proposed relocation is for a limited period of time, it will be rare that such relocation will impact on the child's best interests to the extent that custody should be varied.

129 Where, however, both parents have a good relationship with the child and both are proven equally capable of acting as the custodial parent, determining what is in the best interests of the child may be more difficult, but the line, no matter how fine, must nevertheless be drawn.

130 There is a controversy on this issue to which my colleague McLachlin J. alludes in her reasons. It has to do with two decisions of the Ontario Court of Appeal: *Carter v. Brooks*, *supra*, and *MacGyver v. Richards*, *supra*. Although my colleague advances that those decisions may be consistent in that both mandate careful consideration of the views of the custodial parent, they could not, in my view, be further apart in their approach to deciding an application for variation in the context of the relocation of custodial parents.

131 Before *Carter v. Brooks*, as I have demonstrated earlier, the well-established rule was that absent a contractual restriction or court order as to the child's place of residence, the custodial parent had a *prima facie* right to move with the child, provided that such move was reasonable and not intended to frustrate the non-custodial parent's access, as the best interests of the child had been determined by the prior custody order. By adopting an exclusively fact based analysis, *Carter v. Brooks* departed from that well-settled jurisprudence as the following passage of Morden A.C.J.O.'s opinion for the court illustrates, at p. 63:

I think that the preferable approach in the application of the [best interests of the child] standard is for the Court to weigh and balance the factors which are relevant in the particular circumstances of the case at hand, without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have. I do not think that the process

l'intérêt de l'enfant, ni suffisamment important, que l'enfant est très jeune ou qu'il a clairement exprimé son désir de rester avec le parent gardien, ou lorsque le déménagement projeté est de durée limitée, ce déménagement ne compromettra que rarement l'intérêt de l'enfant au point qu'il soit nécessaire de modifier la garde.

Si, en revanche, les deux parents entretiennent une bonne relation avec l'enfant et que tous deux se sont révélés être également en mesure d'agir comme parent gardien, la tâche de déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant peut s'avérer plus ardue, mais il faut néanmoins tracer la ligne, aussi ténue soit-elle.

Dans ses motifs, ma collègue le juge McLachlin fait allusion à la controverse que suscite cette question. Elle se dégage de deux arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario: *Carter c. Brooks* et *MacGyver c. Richards*, précités. Bien que ma collègue fasse valoir que ces décisions peuvent être compatibles puisque toutes deux requièrent le respect des vues du parent gardien, elles ne pourraient pas, à mon avis, être plus éloignées quant à leur approche pour décider d'une requête en modification dans le contexte du déménagement de parents gardiens.

Avant l'arrêt *Carter c. Brooks*, comme je l'ai démontré précédemment, la règle bien établie portait qu'en l'absence d'une restriction contractuelle ou d'une ordonnance judiciaire relativement au lieu de résidence de l'enfant, le parent gardien avait un droit *prima facie* de déménager avec l'enfant, pour autant que ce déménagement soit raisonnable et qu'il ne vise pas à saper le droit d'accès du parent non gardien, puisque l'ordonnance de garde antérieure avait déterminé où se trouvait l'intérêt de l'enfant. En adoptant une analyse fondée exclusivement sur les faits, l'arrêt *Carter c. Brooks*, s'est écarté de cette jurisprudence, comme l'illustre le passage suivant de l'opinion du juge en chef adjoint Morden, à la p. 63:

[TRADUCTION] Je crois préférable, pour ce qui est de l'application de la norme [de l'intérêt de l'enfant], que la Cour soupèse et pondère les facteurs qui sont pertinents dans les circonstances particulières de l'affaire, sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d'eux. Je ne crois pas qu'il faille appliquer une

should begin with a general rule that one of the parties will be unsuccessful unless he or she satisfies a specified burden of proof. This over-emphasizes the adversary nature of the proceeding and depreciates the Court's *parens patriae* responsibility. Both parents should bear an evidential burden. At the end of the process, the Court should arrive at a determinate conclusion on the result which better accords with the best interests of the child. If this is impossible, then the result must necessarily be in accordance with the legal status quo on the issue to be decided. [Emphasis added.]

MacGyver v. Richards, on the other hand, is more in line with the earlier jurisprudence by reintroducing its more principled approach whose essence is expressed by Abella J.A., at p. 447:

When, therefore, a court has been asked to decide what is in the child's best interests, and a choice must be made between the responsible wishes and needs of the parent with custody and the parent with access, it seems to me manifestly unfair to treat these wishes and needs as being on an equal footing. When one adds to this the dimension that a court's decision ought to favour the possibility that the former partners can get on with their lives and their responsibilities, one reaches the admittedly difficult conclusion that a parent with custody, acting responsibly, should not be prevented from leaving a jurisdiction because the move would interfere with access by the other parent with the child, even if the relationship between the child and the access parent is a good one. [Emphasis added.]

Contrary to my colleague, I am of the view that *Carter v. Brooks* and *MacGyver v. Richards* reveal significant differences of approach. While *Carter v. Brooks* essentially stands for the proposition that the determination of the best interests of the child is best left to the discretionary realm of questions of fact where each relevant factor is to be equally considered and where no party bears any specified burden of proof, *MacGyver v. Richards* recognizes that courts should grant a "presumptive deference to the needs of the responsible custodial parent who, in the final analysis, lives the reality, not the speculation, of decisions dealing with the incidents of custody" (p. 444). Given that the decision-making authority of the custodial parent entails the right to decide where the child shall live, the onus to adduce substantial evidence that such decision is

règle générale portant que l'une des parties échouera à moins qu'elle ne s'acquitte d'un fardeau de preuve particulier. Cela accentue excessivement la nature contradictoire de la procédure et atténue la responsabilité *parens patriae* de la cour. Les deux parents devraient assumer le fardeau de preuve. Au terme du processus, la Cour devrait arriver à une conclusion bien définie sur le résultat qui est le plus compatible possible avec l'intérêt de l'enfant. Si cela est impossible, le résultat doit nécessairement être compatible avec le statu quo légal quant à la question à trancher. [Je souligne.]

L'arrêt *MacGyver c. Richards*, est quant à lui plus conforme à la jurisprudence antérieure puisqu'il réintroduit une approche davantage fondée sur des principes, dont l'essence est exprimée par le juge Abella à la p. 447:

[TRADUCTION] Lorsque, par conséquent, un tribunal est appelé à déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, et qu'il doit choisir entre les désirs et les besoins raisonnables du parent gardien et ceux du parent qui a un droit d'accès, il me semble manifestement injuste de traiter ces besoins et ces désirs sur un pied d'égalité. Si on ajoute à cela que la décision de la cour doit permettre aux anciens partenaires de refaire leur vie et de reprendre leurs responsabilités en main, on arrive à la conclusion certes difficile que le parent gardien qui agit de façon responsable ne devrait pas être empêché de quitter une juridiction parce que le déménagement porterait atteinte au droit d'accès de l'autre parent auprès de l'enfant, même si l'enfant et le parent qui jouit d'un droit d'accès ont une bonne relation. [Je souligne.]

Contrairement à ma collègue, je suis d'avis que les arrêts *Carter c. Brooks*, et *MacGyver c. Richards*, révèlent des différences marquées quant à la façon d'aborder la question. Tandis que l'arrêt *Carter c. Brooks* appuie essentiellement la thèse portant qu'il est préférable de laisser la détermination de l'intérêt de l'enfant dans le domaine discrétionnaire des questions de fait, où chaque facteur pertinent doit être considéré également et où aucune partie n'assume de fardeau de preuve particulier, l'arrêt *MacGyver c. Richards* reconnaît que les tribunaux devraient faire preuve [TRADUCTION] «d'un respect présomptif à l'égard des besoins du parent gardien responsable qui, en fin de compte, vit avec les conséquences réelles, et non pas seulement hypothétiques, des décisions qui portent sur les attributs du droit de garde» (p. 444). Puisque le

contrary to the best interests of the child must be placed on the non-custodial parent.

133 There are many reasons why, in my view, this principled approach is preferable to a case-by-case determination on the evidence of each case.

134 At the outset, it must be stressed that I do not suggest that such a principled approach overrides or replaces the best interests of the child as the ultimate test. It is rather a reinforcement of the best interests test and not a contradiction to it. It may well be that, in some circumstances, the custodial parent's decision to relocate may not accord with the best interests of the child and, upon review of the impact of that decision on the child, a court may conclude that a variation of custody or access or, exceptionally, a restriction on the child's mobility is in order. Quite the opposite from shifting the focus from the best interests of children, a principled approach, in adopting the best interests test as the guiding principle, provides much needed clarity and certainty in this difficult area of the law and minimizes the need to resort to protracted acrimonious negotiations or, even worse, traumatic and costly litigation which, ultimately, cannot but injuriously affect the children. In passing, it is interesting to note that similar rules which recognize the custodial parent's *prima facie* right to move with the child have been judged consistent with the best interests of the child in other jurisdictions, such as the United States (see Bruch and Bowermaster, *supra*) and Australia (Eades, *supra*), where, like in Canada, all decisions affecting children are to be governed solely by their best interests.

135 Under *Carter v. Brooks*, the fact-specific case-by-case approach to the best interests of the child test, the absence of guidelines and the inherent discretion it involves foster unpredictability and inconsistency in the application of the law which, in turn, encourages litigation. This uncertainty takes its toll on individual justice by favouring the

pouvoir décisionnel du parent gardien emporte le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, le fardeau de produire une preuve substantielle que cette décision est contraire à l'intérêt de l'enfant doit incomber au parent non gardien.

Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles, à mon avis, cette démarche fondée sur des principes est préférable à une détermination qui relève du cas par cas, soit de la preuve dans chaque cas.

Je tiens à préciser dès le départ que je ne propose pas qu'une telle approche de principe l'emporte sur l'intérêt de l'enfant ou le remplace comme test ultime. Il s'agit plutôt d'un renforcement que d'une contradiction du critère de l'intérêt de l'enfant. Il se peut fort bien que, dans certaines circonstances, la décision du parent gardien de déménager aille à l'encontre de l'intérêt de l'enfant et que, après un examen des conséquences de cette décision sur l'enfant, le tribunal conclue qu'il y a lieu de modifier la garde ou l'accès ou, exceptionnellement, de restreindre la mobilité de l'enfant. Loin d'atténuer l'importance de l'intérêt de l'enfant, la démarche fondée sur des principes, parce qu'elle adopte le critère de l'intérêt de l'enfant à titre de principe directeur, offre une clarté et une certitude des plus nécessaires dans ce domaine difficile du droit, et réduit au minimum la nécessité de recourir à de longues négociations acrimonieuses ou, encore pire, à un litige traumatisant et coûteux qui, en définitive, ne peuvent que causer préjudice aux enfants. En passant, il est intéressant de signaler que des règles semblables, reconnaissant le droit *prima facie* du parent gardien de déménager avec l'enfant, ont été jugées compatibles avec l'intérêt de l'enfant dans des pays comme les États-Unis (voir Bruch et Bowermaster, *loc. cit.*) et l'Australie (Eades, *loc. cit.*) où, comme au Canada, toutes les décisions qui concernent les enfants ne doivent être dictées que par leur intérêt.

L'approche du cas par cas adoptée dans l'arrêt *Carter c. Brooks*, dans lequel l'intérêt de l'enfant tient aux faits de l'espèce, l'absence de principes directeurs et la discrétion inhérente que cela emporte, favorisent l'imprévisibilité et le manque d'uniformité dans l'application du droit, ce qui, en retour, encourage les litiges. Cette incertitude

party most willing to take the risks and best able to bear the financial and emotional costs of litigation rather than inducing reasonable settlements which are, in the final analysis, the most appropriate means of ensuring that the best interests of the child will be met. Contrary to my colleague, I believe that, by reducing the incentive for litigation, the incentive for settlement is increased, not conflict. Reference to “desperate parents” which might resort to “desperate measures in contravention of the law” (McLachlin J. at para. 38), is totally inappropriate, in my view, in a context where reasonable solutions are favoured rather than protracted litigation between parents who have the best interests of their children at heart. Indeed, while there may be diverging views on the preferable way of applying the best interests of the child test, as I observed earlier, one cannot but acknowledge the fact that ongoing parental conflict is not in the best interests of children. See *Young, supra*, at pp. 67-68 (per L'Heureux-Dubé J.); J. Wilson, *Wilson on Children and the Law* (1994), at p. 2.41.3; W. Glen How, “*Young v. Young and D.P. v. C.S.: Custody and Access — The Supreme Court Compounds Confusion*” (1994), 11 *C.F.L.Q.* 109, at pp. 125-26; McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards, supra*, at p. 436; Hovius, *supra*, at pp. 142-43; Department of Justice of Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper, supra*, at pp. 19-20; N. Bala and S. Miklas, *Rethinking Decisions About Children: Is the “Best Interests of the Child” Approach Really in the Best Interests of Children?* (1993), at pp. 46-53.

This Court is asked to provide a clear answer to the question of the mobility of custodial parents in the context of custody, an answer which strikes a balance between the need for certainty in this area of the law and the right of children to have their interests dictate every decision which concerns them. This fine balance, in my view, finds expression in the rule reinstated in *MacGyver v. Richards, supra*, whose effect is simply to translate into practical terms the right of the custodial parent to

entraîne des conséquences néfastes sur le plan de la justice individuelle puisqu'elle avantage la partie la plus disposée à prendre des risques et la plus en mesure d'assumer les coûts financiers et affectifs d'un litige plutôt que d'encourager les ententes raisonnables qui, en dernière analyse, constituent le meilleur moyen d'assurer le respect de l'intérêt de l'enfant. Contrairement à ma collègue, je crois qu'en réduisant l'incitation aux litiges on accroît d'autant l'incitation aux ententes, et non aux conflits. Il est à mon avis tout à fait inopportun de parler de «parents désespérés» qui risquent de recourir à «des mesures désespérées en contravention de la loi» (le juge McLachlin, au par. 38), dans un contexte où les solutions raisonnables sont privilégiées davantage que les litiges sans fin entre des parents qui ont à cœur l'intérêt de leurs enfants. En fait, s'il peut exister des opinions divergentes sur la façon dont il est préférable d'appliquer le critère de l'intérêt de l'enfant, ainsi que je l'ai signalé précédemment, force est de reconnaître qu'un conflit constant entre les parents ne favorise pas cet intérêt. Voir *Young*, précité, aux pp. 67 et 68 (le juge L'Heureux-Dubé); J. Wilson, *Wilson on Children and the Law* (1994), à la p. 2.41.3; W. Glen How, «*Young v. Young and D.P. v. C.S.: Custody and Access — The Supreme Court Compounds Confusion*» (1994), 11 *C.F.L.Q.* 109, aux pp. 125 et 126; McLeod, Annotation to *MacGyver v. Richards, loc. cit.*, à la p. 436; Hovius, *loc. cit.*, aux pp. 142 et 143; Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès, op. cit.*, aux pp. 20 et 21; N. Bala et S. Miklas, *Rethinking Decisions About Children: Is the “Best Interests of the Child” Approach Really in the Best Interests of Children?* (1993), aux pp. 46 à 53.

Notre Cour est appelée à se prononcer clairement sur la question de la mobilité des parents gardiens dans le contexte de la garde, et à créer ainsi un équilibre entre, d'une part, le besoin de certitude dans ce domaine du droit et, d'autre part, le droit des enfants à ce que leur intérêt dicte toutes les décisions qui les concernent. À mon avis, cet équilibre difficile à atteindre trouve son expression dans la règle réintroduite dans l'arrêt *MacGyver c. Richards*, précité, dont l'effet est simplement de

determine the place of residence of the child by placing the burden of proving that the move is not in the child's best interests on the party challenging the legal status quo. I agree with my colleague McLachlin J. that "the question is not whether the rights of custodial parents can be restricted" (para. 37). Rather, as I stated at the outset, the best interests of the child will always govern any decision affecting that child. However, what I am suggesting here is how to assess that best interest.

traduire en des termes pratiques le droit du parent gardien de décider du lieu de résidence de l'enfant en imposant à la partie qui conteste le statu quo le fardeau de prouver que le déménagement n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Je suis d'accord avec le juge McLachlin que «la question n'est pas de savoir si les droits des parents gardiens peuvent être restreints» (par. 37). Au contraire, ainsi que je l'ai mentionné au début, l'intérêt de l'enfant dictera invariablement toutes les décisions le concernant. En revanche, ce que je propose ici est la façon de déterminer en quoi consiste cet intérêt.

137 The certainty provided by the approach I outlined has much to commend it as Twaddle J.A. concludes in *Lapointe v. Lapointe, supra*, at pp. 621-22:

La certitude qu'offre la solution que j'ai déjà décrite présente de nombreux avantages, ainsi que le juge Twaddle l'a conclu dans l'arrêt *Lapointe c. Lapointe*, précité, aux pp. 621 et 622:

The alternative approach of *Carter v. Brooks* would lead to uncertainty and inconsistent decisions and tend to immobilize custodial parents in an age when mobility is often necessary for psychological if not economic survival. On the other hand, the law as I understand it allows a custodial parent a measure of choice subject to sufficient safeguards to ensure that the custodial parent does not act maliciously, unreasonably or contrary to what is adjudged to be the best interests of the child in any special circumstances which may be applicable. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'autre solution que privilégie l'arrêt *Carter c. Brooks* engendrerait une incertitude et des décisions incompatibles et tendrait en outre à immobiliser les parents gardiens à une époque où la mobilité est souvent essentielle à leur survie psychologique, voire économique. Par contre, le droit tel que je le conçois laisse au parent gardien une certaine latitude, sous réserve de garanties suffisantes qui l'empêchent d'agir par malice, déraisonnablement ou contrairement à ce qui est jugé être dans l'intérêt de l'enfant, dans toutes les circonstances spéciales qui peuvent être applicables. [Je souligne.]

138 More particularly linked to the issues raised in relocation cases, however, the proper approach in determining the child's best interests must be informed by the nature of a variation application for custody under the Act as well as the reality of parental separation.

Plus particulièrement liée aux questions soulevées dans les affaires de déménagement, cependant, la démarche appropriée dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant doit être guidée par la nature de la requête en modification de garde faite en vertu de la Loi de même que par la réalité de la séparation des parents.

139 In the context of an application for variation triggered by a change in the circumstances of the child, according to s. 17(5) of the Act, the court must not determine the child's best interests in a vacuum, but "by reference to that change". Had Parliament intended a fresh inquiry into the child's best interests in such a context, as my colleague McLachlin J. suggests, s. 17(5) would have provided, as for original custody and access orders, that "the court shall take into consideration only the best interests of the child . . . as determined by

Dans le contexte d'une requête en modification déclenchée par un changement survenu dans la situation de l'enfant, aux termes du par. 17(5) de la Loi, le tribunal ne doit pas déterminer l'intérêt de l'enfant dans un vacuum, mais «en fonction de ce changement». Si le législateur avait souhaité un nouvel examen de l'intérêt de l'enfant dans un tel contexte, ainsi que le propose ma collègue le juge McLachlin, le par. 17(5) aurait prévu, comme en matière d'ordonnances de garde et d'accès initiales, que «le tribunal ne tient compte que de l'in-

reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child" (s. 16(8)). It did not. The particular nature of an application for variation and its implications on the determination of the child's best interests are well expressed by Bastarache J.A., in *Benoît v. Reid, supra*, at p. 180:

Since decisions with regard to the variation of a custody order will invariably take into account the importance of the continuity of relationships of the child and the very fact that an award of custody has already been made, I do not believe it is necessary to accord a preemptive or presumptive right to the custodial parent in all cases. [Emphasis added.]

The starting point, then, is that the best interests of the child are rightly presumed to lie with the custodial parent. Indeed, it is at the core of the significant responsibilities entrusted to the custodial parent to look after and promote those interests in the course of making the often difficult decisions in the daily lives of children as well as those most susceptible to affect their future. Why then should the custodial parent not be trusted when it comes to a change of residence? The change of residence, albeit qualifying as a material change in the circumstances of the child under s. 17(5) of the Act, cannot, by itself, displace this presumption as my colleague proposes.

Given that day-to-day decisions affecting the child are clearly left to the custodial parent, there is no reason not to defer to his or her ability and responsibility to act in the child's best interests when it comes to other decisions, such as the change of residence of the child which will necessarily take into account the impact of access to the non-custodial parent by the child. In both cases, if the decision constitutes a material change of circumstances, s. 17(5) of the Act does allow for a variation in as much as such a decision will be found to impact on either the custody of the child or the access by the non-custodial parent. In reconsidering the prior custody or access orders, however, courts must start from the proposition that the

térêt de l'enfant [. . .], défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation» (par. 16(8)). Il ne l'a pas fait. La nature particulière de la requête en modification et ses effets sur la détermination de l'intérêt de l'enfant sont correctement décrits par le juge Bastarache dans l'arrêt *Benoît c. Reid*, précité, à la p. 180:

[TRADUCTION] Puisque les décisions portant sur la modification d'une ordonnance de garde tiendront invariablement compte de l'importance de la continuité des relations de l'enfant et du simple fait qu'une attribution de la garde a été faite auparavant, je ne crois pas qu'il soit nécessaire, dans tous les cas, de faire jouer en faveur du parent gardien la préférence ou la présomption en matière de garde. [Je souligne.]

Le point de départ est donc qu'il y a lieu, à juste titre, de présumer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de demeurer avec le parent gardien. En réalité, au cœur même des importantes responsabilités qui lui sont confiées, le parent gardien doit nécessairement garantir et favoriser l'intérêt des enfants dans le cadre des décisions souvent difficiles qu'il doit prendre dans leur vie quotidienne, et de celles qui sont les plus susceptibles d'influer sur leur avenir. Pourquoi alors ne devrait-on pas faire confiance au parent gardien lorsqu'il s'agit d'un changement de résidence? Bien qu'il constitue un changement important dans la situation de l'enfant au sens du par. 17(5) de la Loi, le déménagement ne peut en lui-même déplacer cette présomption comme ma collègue le suggère.

Étant donné que les décisions quotidiennes qui concernent l'enfant sont manifestement laissées au parent gardien, il n'y a aucune raison de ne pas s'en remettre à sa capacité et à sa responsabilité d'agir dans l'intérêt de l'enfant pour d'autres décisions, tel le changement de résidence de l'enfant, qui devra nécessairement tenir compte de l'impact de l'accès de l'enfant auprès du parent non gardien. Dans les deux cas, si la décision entraîne un changement important dans la situation, le par. 17(5) de la Loi permet une modification dans la mesure où cette décision sera jugée avoir des répercussions soit sur la garde de l'enfant, soit sur l'accès par le parent qui n'a pas la garde. Lorsqu'ils examinent de nouveau les ordonnances de

child's best interests are assumed to lie with the custodial parent. Accordingly, what must be assessed is the impact of the contested decision on the best interests of the child or, in other words, "the best interests of the child as determined by reference to that change" (s. 17(5) of the Act).

142 Moreover, in attempting to assess what constitutes the best interests of children, courts should not forget the reality of parental separation and its inherent risk for children. While it may not be in the best interests of children, in some cases, that their parents separate, nonetheless our legal system sanctions their right to do so. Once parental separation is judicially recognized, the law must be sensitive to the reality of the breakup of the family unit and, more specifically, to the fact that maximum contact with both parents will simply not be possible in every case. It is generally accepted, for instance, that contact may be denied or curtailed if there is evidence that contact itself, or unrestricted contact, with the non-custodial parent clashes with the best interests of the child (*Young, supra*, at p. 53 (*per L'Heureux-Dubé J.*) and at p. 118 (*per McLachlin J.*)). In any event, while it is true that maximum contact is normally desirable, it is also true that custody must be, in the best interests of the child, as meaningful and stable as possible. Simply put, an application to vary custody is not the proper remedy for enforcing access rights.

143 To conclude, in assessing the merits of an application for variation under s. 17(5) of the Act linked to the change of residence of the child by the custodial parent, the guidelines which must inform the courts may be summarized as follows:

1. All decisions as to custody and access must be made in the best interests of children, assessed from a child-centred perspective.

2. In the absence of explicit restrictions on the incidents of custody, such as the child's place of residence, it must be assumed that an existing cus-

garde ou d'accès précédentes, les tribunaux doivent cependant présumer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de demeurer avec le parent gardien. Aussi, doivent-ils évaluer l'impact de la décision contestée sur l'intérêt de l'enfant ou, en d'autres termes, «l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement» (par. 17(5) de la Loi).

En outre, lorsqu'ils tentent de déterminer ce qui est dans l'intérêt des enfants, les tribunaux ne doivent pas négliger la réalité de la séparation des parents et son risque inhérent pour les enfants. Si, dans certains cas, il peut ne pas être dans l'intérêt de l'enfant que les parents se séparent, notre système de droit sanctionne néanmoins le droit de ces derniers de le faire. Une fois que la séparation des parents est reconnue judiciairement, le droit doit être sensible à la réalité de la rupture de la cellule familiale et, plus précisément, au fait que le contact maximum avec les deux parents ne sera tout simplement pas toujours possible. Il est généralement accepté, par exemple, que l'on refuse ou restreigne le contact s'il y a une preuve que le contact même, ou le contact inconditionnel, avec le parent non gardien, va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant (*Young*, précité, à la p. 53 (le juge L'Heureux-Dubé) et à la p. 118 (le juge McLachlin)). Quoi qu'il en soit, s'il est vrai qu'un contact maximum est normalement souhaitable, il est également vrai que, dans l'intérêt de l'enfant, la garde doit être aussi valable et stable que possible. Bref, la requête en modification de garde n'est pas le recours approprié pour faire respecter les droits d'accès.

En conclusion, lorsqu'ils évaluent le fond d'une requête en modification sous le régime du par. 17(5) de la Loi, requête liée au changement de résidence de l'enfant par le parent gardien, les tribunaux doivent se guider sur les principes que l'on peut résumer ainsi:

1. Toutes les décisions relatives à la garde et à l'accès doivent être prises dans l'intérêt des enfants, à partir de leur point de vue.

2. En l'absence de restrictions explicites aux attributs de la garde, tel le lieu de résidence de l'enfant, il faut présumer que l'ordonnance de

tody order or agreement reflects the best interests of the child and that the appropriate decision-making authority lies with the custodial parent.

3. In determining the best interests of the child, courts must focus on the impact of the change of residence on the existing custody order and the appropriate modifications to access as the case may be, and generally not proceed to a *de novo* appraisal of all the circumstances of the child and the parties.

4. The non-custodial parent bears the onus of showing that the proposed change of residence will be detrimental to the best interests of the child to the extent that custody should be varied or, exceptionally, where there is cogent evidence that the child's best interests could not in any reasonable way be otherwise accommodated, that the child should remain in the jurisdiction.

5. The proposed change of residence of the child by the custodial parent will not justify a variation in custody unless the non-custodial parent adduces cogent evidence that the child's relocation with the custodial parent will prejudice the child's best interests and, further, that the quality of the non-custodial parent's relationship with the child is of such importance to the child's best interests that prohibiting the change of residence will not cause comparable or greater detriment to the child than an order to vary custody.

6. Where there is an agreement or court order explicitly restricting the child's change of residence, the onus should shift to the custodial parent to establish that the decision to relocate is not made in order to undermine the access rights of the non-custodial parent and that he or she is willing to make arrangements with the non-custodial parent to restructure access, when appropriate, in light of the change of residence of the child.

This brings us to the evidence in this case which led the trial judge to uphold the custody of the respondent and to confine the exercise of the appellant's access to Australia.

garde ou l'entente qui existent déjà servent l'intérêt de l'enfant, et que l'autorité décisionnelle appropriée appartient au parent gardien.

3. Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, les tribunaux doivent mettre principalement l'accent sur l'impact du changement de résidence sur l'ordonnance de garde existante et les modifications qu'il convient d'apporter au droit d'accès le cas échéant, et, en règle générale, ne pas procéder à une évaluation *de novo* de toutes les circonstances de l'enfant et des parties.

4. Le parent qui n'a pas la garde assume le fardeau de démontrer que le changement de résidence projeté aura des conséquences néfastes sur l'intérêt de l'enfant, à tel point que la garde doit être modifiée ou, exceptionnellement lorsqu'il existe une preuve convaincante qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable susceptible de servir son intérêt, que l'enfant doit demeurer dans la juridiction.

5. Le changement de résidence de l'enfant proposé par le parent gardien ne justifie une modification de la garde que si le parent non gardien apporte une preuve convaincante que le déménagement de l'enfant avec le parent gardien causera préjudice à l'intérêt de l'enfant et, en outre, que la qualité du rapport du parent non gardien avec l'enfant revêt une telle importance pour l'intérêt de ce dernier que l'interdiction de changer de résidence ne causera pas à l'enfant un préjudice comparable à celui que causerait une ordonnance modifiant la garde, ou un préjudice encore plus grand.

6. S'il existe une entente ou une ordonnance judiciaire restreignant explicitement le changement de résidence de l'enfant, il incombe au parent gardien d'établir que la décision de déménager ne vise pas à frustrer les droits d'accès du parent non gardien et qu'il est disposé à s'entendre avec ce dernier pour réviser l'accès, dans la mesure du possible, à la lumière du changement de résidence de l'enfant.

Ceci nous amène à la preuve en l'instance, qui a conduit le juge de première instance à maintenir la garde en faveur de l'intimée et à confiner l'exercice du droit d'accès de l'appelant à l'Australie.

VI. Application to the Facts

145 At the outset, two preliminary observations are in order. First, this Court has always made clear that caution should be exercised by appellate courts before interfering with the exercise of discretion by a trial judge in custody matters, the applicable standard being that decisions should not be interfered with unless there is a gross distortion of the evidence or misapprehension of the relevant legal principles (*Young, supra*, at p. 101 (*per L'Heureux-Dubé J.*)). Furthermore, in light of the considerable expertise trial judges develop in the area of family law and the restricted time allotted to write long and detailed reasons in all cases, brief reasons will often be sufficient, particularly in cases which do not present any exceptional feature (*Willick, supra*, at p. 746 (*per L'Heureux-Dubé J.*)).

146 The present case proceeded as it should have. Notice of the intended change of residence was properly given by the respondent to the appellant who then made a motion before the court opposing such change by requesting custody of the child or, alternatively, a restructuration of his rights of access. With respect to the threshold upon which the merits of the variation application could be considered, as I already mentioned, I am satisfied that the trial judge applied the correct test and, upon the evidence before him, properly concluded that the appellant had discharged the onus of proving that the change of residence constituted a material change in the circumstances of the child. Since the custody order in favour of the respondent did not include any restriction as to the child's place of residence, it was further incumbent on the appellant to show that such a change of residence was detrimental to the child's best interests to the extent that custody should be varied.

147 Upon reviewing cases such as *Wells v. Wells, supra*, *Adie v. Adie, supra*, and *Grant v. Brotzel* (1993), 115 Sask. R. 96 (Q.B.), all of which stand for the proposition that the custodial parent has the

VI. Application aux faits

Préliminairement, deux observations s'imposent. En premier lieu, notre Cour a toujours affirmé clairement que les cours d'appel doivent faire preuve de prudence avant de s'immiscer dans l'exercice par un juge de première instance du pouvoir discrétionnaire en matière de garde, la norme étant que les décisions ne doivent être modifiées que s'il y a une déformation grossière de la preuve ou une mauvaise compréhension des principes juridiques pertinents (*Young, précité*, à la p. 101 (le juge L'Heureux-Dubé)). Par ailleurs, compte tenu de la vaste compétence des juges de première instance en droit de la famille et du temps limité dont ils disposent pour écrire des motifs longs et détaillés dans toutes les instances, de brefs motifs seront souvent suffisants, particulièrement dans les cas qui ne présentent aucune caractéristique exceptionnelle (*Willick, précité*, à la p. 746 (le juge L'Heureux-Dubé)).

La présente affaire s'est déroulée comme elle le devait. Un avis de l'intention de changer de résidence a été régulièrement donné par l'intimée à l'appellant, qui a alors présenté la requête devant la cour, et qui s'est opposé au changement en demandant la garde de l'enfant, ou, subsidiairement, une révision de ses droits d'accès. En ce qui a trait au test préliminaire devant être satisfait pour que le fond de la requête en modification puisse être examiné, comme je l'ai déjà mentionné, j'estime que le juge de première instance a appliqué le test approprié et, suivant la preuve qui lui a été soumise, a à juste titre conclu que l'appellant s'était acquitté du fardeau de prouver que le changement de résidence constituait un changement important dans la situation de l'enfant. Puisque l'ordonnance de garde prononcée en faveur de l'intimée ne prévoyait aucune restriction quant au lieu de résidence de l'enfant, il incombait également à l'appellant de démontrer que ce changement était préjudiciable à l'intérêt de l'enfant au point qu'il faille modifier la garde.

Après avoir passé en revue des affaires comme *Wells c. Wells* et *Adie c. Adie*, précitées, et *Grant c. Brotzel* (1993), 115 Sask. R. 96 (B.R.), qui, toutes, soutiennent que le parent gardien a le droit de

right to remove the child from the jurisdiction if such a move is not intended to cut off access by the non-custodial parent nor contrary to the child's best interests, the trial judge concluded that the respondent should be allowed to move with the child to Australia. As the previous discussion on the standard in relocation disputes makes clear, I am in agreement with the Court of Appeal that the trial judge did not err in law as to the applicable principles. The only remaining question is whether the evidence supports the trial judge's conclusion that the best interests of the child required upholding the custody of the respondent.

To this end, the trial judge explicitly stated that he "relied heavily on Judge Carter's judgment and her findings of fact that the mother was the proper person to have custody of this child". Carter J., at the end of an eight-day trial for which almost 500 pages of examinations for discovery for each parties were produced, found that the respondent was the primary caregiver to the child although the appellant had made every effort to have more access to the child after their separation (at pp. 7-8). She also agreed with the recommendations of the custody and access report filed to the court that the respondent have sole custody of the child and that very structured access was warranted in order to avoid the constant friction between the parties (at p. 8). Since there was no evidence that each parent did not sincerely love their daughter and spend quality time with her, Carter J. entrusted sole custody of the child to the respondent, while granting generous but specified access to the appellant, without any restrictions as to the child's place of residence.

Since less than two years had elapsed between the date of the original order and that of the proceedings before the trial judge, it was entirely proper for him to "rely heavily" on the prior determination that the best interests of the child were best served by entrusting custody to the respondent and, accordingly, to examine the impact of the

déplacer un enfant d'une juridiction si ce déménagement ne vise pas à mettre fin à l'accès du parent n'ayant pas la garde, ni n'est contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge de première instance a conclu que l'intimée pouvait déménager en Australie. Comme le fait ressortir l'analyse précédente sur la norme en matière de conflits liés au déménagement, je suis d'accord avec la Cour d'appel que le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit quant aux principes applicables. Il reste donc uniquement à déterminer si la preuve appuie la conclusion du juge de première instance portant que l'intérêt de l'enfant exigeait que l'on maintienne la garde en faveur de l'intimée.

À cette fin, le juge de première instance a explicitement affirmé s'être [TRADUCTION] «fortement appuyé sur le jugement du juge Carter et sur sa conclusion de fait portant que c'est à la mère qu'il convient de confier la garde de l'enfant». Au terme d'un procès de huit jours au cours duquel près de 500 pages d'interrogatoires préalables pour chacune des parties ont été produites, le juge Carter a conclu que l'intimée était celle qui prodiguait les soins essentiels à l'enfant, bien que l'appellant ait tout tenté pour accroître son accès auprès de l'enfant après la séparation (aux pp. 7 et 8). Elle a également souscrit aux recommandations du rapport sur la garde et l'accès déposé à la cour, portant que la garde exclusive de l'enfant devait être confiée à l'intimée et qu'un accès très structuré était justifié pour éviter une friction constante entre les parties (à la p. 8). Puisque rien dans la preuve n'a révélé que l'un ou l'autre parent n'aimait pas sincèrement sa fille ou que la qualité des moments passés avec elle laissait à désirer, le juge Carter a confié la garde exclusive de l'enfant à l'intimée, tout en accordant à l'appellant un droit d'accès généreux mais précis, sans aucune restriction quant au lieu de résidence de l'enfant.

Étant donné que moins de deux ans s'étaient écoulés depuis la date de l'ordonnance initiale et celle de l'audition devant le juge de première instance, il était parfaitement approprié que le juge «s'appuie fortement» sur la décision antérieure portant qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'en confier la garde à l'intimée et, en conséquence,

change of residence on such determination as well as the possible modifications to access. On the basis of the extensive affidavit material submitted by the parties and some two and a half hours of argument, the trial judge's oral judgment, in spite of its brevity, makes clear that the appellant did not satisfy him that the impact of the change of residence of the child was such as to warrant a variation of custody, particularly in light of the possibility of accommodating the appellant's access and contact with the child.

150 Given that the evidence supports the trial judge's conclusion that the impact of the change of residence of the child was less detrimental to her than ordering a variation of custody, I conclude that he did not err in upholding the custody of the respondent.

151 As regards the trial judge's order granting access to the appellant, I share the opinion of my colleague McLachlin J. that the evidence does not support confining its exercise to Australia and I agree to the terms she sets out.

152 On the matter of costs, since the appellant's success before us is minimal, he should bear the costs.

VII. Conclusion

153 For these reasons, I would allow the appeal in part as proposed by my colleague McLachlin J., with costs throughout against the appellant.

The following are the reasons delivered by

154 GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons for judgment of Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin. I concur in the reasons of McLachlin J. I also agree with L'Heureux-Dubé J.'s explanations of factors pertinent to assessing the best interests of the child and that they are to

d'examiner l'impact du changement de résidence sur cette décision de même que les modifications qu'il y avait lieu d'apporter au droit d'accès. Sur la foi des affidavits détaillés soumis par les parties et des plaidoiries qui ont duré environ deux heures et demie, le jugement rendu oralement par le juge de première instance, en dépit de sa brièveté, fait clairement ressortir que l'appellant ne l'a pas convaincu que l'impact du changement de résidence de l'enfant était tel qu'il justifiait une modification de la garde, compte tenu en particulier de la possibilité de faire les accommodements nécessaires pour favoriser l'accès et les contacts avec l'enfant.

Comme la preuve appuie la conclusion du juge de première instance que l'impact du changement de résidence de l'enfant lui était moins préjudiciable que ne l'aurait été une ordonnance modifiant la garde, je conclus qu'il n'a pas commis d'erreur en maintenant la garde en faveur de l'intimée.

Pour ce qui est de l'ordonnance du juge de première instance concernant le droit d'accès de l'appellant, j'estime, comme le juge McLachlin, que la preuve ne justifie pas qu'on en limite l'exercice à l'Australie, et je souscris aux modalités qu'elle propose.

Sur la question des dépens, puisque le succès de l'appellant devant notre Cour est mitigé, il devrait assumer les dépens.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie comme le propose ma collègue le juge McLachlin, avec dépens contre l'appellant dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge L'Heureux-Dubé et ceux du juge McLachlin, et je souscris à ceux du juge McLachlin. Je suis également d'accord avec l'explication que fait le juge L'Heureux-Dubé des facteurs pertinents pour l'évaluation de l'intérêt de l'enfant et j'estime, comme elle, qu'ils doivent être pris en considération dans cette évaluation. Je ne

be considered in doing so, though I do not share her views on onus of proof.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Hleck Kanuka Thuringer, Regina.

Solicitors for the respondent: Cuelenaere, Kendal, Katzman & Richards, Saskatoon.

Solicitors for the intervener LEAF: Carole Curtis, Toronto; Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Children's Lawyer for Ontario: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

partage toutefois pas son opinion sur le fardeau de la preuve.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appellant: Hleck Kanuka Thuringer, Regina.

Procureurs de l'intimée: Cuelenaere, Kendal, Katzman & Richards, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenant FAEJ: Carole Curtis, Toronto; Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Procureur de l'intervenant l'avocat des enfants pour l'Ontario: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

D.S. Appellant

v.

V.W. Respondent

and

J.S. Mis en cause

and

Rodrigue Blais Mis en cause

INDEXED AS: W. (V.) v. S. (D.)

File No.: 23765.

1995: December 6; 1996: May 2.

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

Family law — Wrongful removal or retention of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken from United States to Quebec by father while mother's motions to modify and enforce her access rights pending in American court — Interim custody of child granted to mother by American court after child's removal to Quebec — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States under Quebec statute on international child abduction — Whether statute applicable to circumstances of case — Concept of custody under Quebec statute and convention on international child abduction — Distinction between rights of custody and rights of access — Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, R.S.Q., c. A-23.01, ss. 2, 3, 4 — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5.

Family law — Rights of custody — Interests of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken

D.S. Appellant

c.

V.W. Intimée

et

J.S. Mise en cause

et

Rodrigue Blais Mis en cause

RÉPERTORIÉ: W. (V.) c. S. (D.)

N° du greffe: 23765.

1995: 6 décembre; 1996: 2 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Déplacement ou non-retour illécite d'un enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain — Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père alors que des requêtes de la mère pour faire modifier et respecter ses droits de visite étaient pendantes devant un tribunal américain — Garde intérimaire de l'enfant accordée à la mère par un tribunal américain après le déplacement de l'enfant au Québec — Père déposant au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis en vertu de la loi québécoise sur l'enlèvement international d'enfants — Cette loi s'applique-t-elle aux circonstances de l'affaire? — Notion de garde au sens de la loi québécoise et de la convention internationale sur l'enlèvement d'enfants — Distinction entre droit de garde et droit de visite — Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, art. 2, 3, 4 — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 5.

Droit de la famille — Droit de garde — Intérêt de l'enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain —

from United States to Quebec by father — Interim custody of child later granted to mother by American court — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States — Whether Superior Court had jurisdiction to rule on custody of child under Quebec civil law and to order child's return to United States — Civil Code of Lower Canada, art. 30 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 46.

The parties were divorced in 1988 and a Maryland court granted custody of the child to the father and supervised access to the mother. In November 1989, the father moved to Michigan with the child. The mother then filed various motions in Maryland to modify and enforce her access rights. The parties agreed on a schedule of supervised visits and the father agreed to have the child undergo a psychiatric evaluation in Michigan to be filed as evidence at the hearing into the mother's motions. The agreement was ratified by a Maryland court. In the interim, in February 1990, the father moved to Quebec with the child without consulting or notifying the mother. On May 8, 1990, after the mother filed a new petition, a Maryland court awarded custody of the child to her *ex parte*, "pending any further hearings on the issue of custody and visitation at the request of either party". One year later, the father filed a motion in the Quebec Superior Court for custody of the child and the mother countered by filing a motion in which she applied for the child's return to the United States under *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction* (the "Act"). The parties recognized that the Act, which gives effect to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (the "Convention"), was applicable to the proceedings. The Superior Court dismissed the father's motion and ordered the child's return to the United States. The Court of Appeal confirmed the order for return made under the Act. This appeal is to determine whether the Superior Court and the Court of Appeal erred in applying the Act to the circumstances of this case.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The reasons of L'Heureux-Dubé J. are agreed with, subject to McLachlin J.'s comments in *Goertz* on rights and obligations of custodial parents.

Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père — Garde intérimaire de l'enfant subséquent accordée à la mère par un tribunal américain — Père déposé au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis — La Cour supérieure avait-elle compétence pour se prononcer sur la garde de l'enfant en se fondant sur le droit civil québécois et pour ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis? — Code civil du Bas Canada, art. 30 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46.

Les parties divorcent en 1988 et un tribunal du Maryland confie la garde de l'enfant au père et accorde des droits de visite supervisée à la mère. En novembre 1989, le père déménage au Michigan avec l'enfant. La mère présente alors au Maryland différentes requêtes pour faire modifier et respecter ses droits de visite. Les parties s'entendent sur un horaire de visites supervisées et le père s'engage à faire subir à l'enfant, au Michigan, une évaluation psychiatrique devant être soumise en preuve lors de l'audition des requêtes de la mère. Cette entente est entérinée par un tribunal du Maryland. Entretemps, en février 1990, le père déménage au Québec avec l'enfant, sans consulter ni prévenir la mère. Le 8 mai 1990, à la suite d'une nouvelle requête de la mère, un tribunal du Maryland lui confie *ex parte* la garde de l'enfant «jusqu'à ce qu'il y ait d'autres procédures sur la question de la garde ou du droit de visite à la demande de l'une ou l'autre des parties». Un an plus tard, le père dépose devant la Cour supérieure du Québec une requête pour la garde de l'enfant et la mère, par requête reconventionnelle, réclame le retour de l'enfant aux États-Unis en vertu de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* (la «Loi»). Les parties reconnaissent que cette loi, qui entérine la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (la «Convention»), s'applique au litige. La Cour supérieure rejette la requête du père et ordonne le retour de l'enfant aux États-Unis. La Cour d'appel confirme l'ordonnance de retour fondée sur la Loi. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour supérieure et la Cour d'appel ont erré en appliquant la Loi aux circonstances de l'affaire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés, sous réserve des observations formulées par le juge McLachlin dans *Goertz* sur les droits et obligations des parents gardiens.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Even though the parties admitted that the Act was applicable to the proceedings, the courts are not bound by that admission. The parties cannot attribute jurisdiction to a court that it does not have. In this case, the determination of whether the Act is applicable depends on the definition of the concept of custody under the Convention and the Act.

The Convention is designed to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the state of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access. The mandatory return procedure provided for in the Convention is set in motion only where a child has been removed or retained in breach of rights of custody — and not rights of access only. The administrative organizations of the Central Authorities designated by the states parties to the Convention are responsible for securing respect for rights of access. Thus, the Convention makes a clear distinction between rights of access, which “include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence”, and rights of custody, which are defined as “includ[ing] rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence”. The primary object of the Convention is the enforcement of custody rights. Although what the Convention means by “rights of custody” must be determined independently of the domestic law of the jurisdictions to which it applies, the question of who holds the “rights relating to the care of the person of the child” or the “right to determine the child’s place of residence” within the meaning of the Convention is in principle determined in accordance with the law of the state of the child’s habitual place of residence.

Although it does not adopt the integral wording of the Convention, the sole purpose of the Act is to give effect thereto. The interdependence of the Convention and the Act is recognized both in the preamble to the Act, which states that “Québec subscribes to the principles and rules set forth in the Convention”, and in s. 1 thereof, which states the common objects of the Act and the Convention. Furthermore, the Act adopts verbatim the Convention’s definitions of rights of custody and rights of access. This interdependence suggests an interpretation of ss. 3 and 4 of the Act that gives full effect to the object of the Convention while taking the guidelines set out in *Thomson* into account.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Même si les parties ont reconnu que la Loi s’appliquait au litige, les tribunaux ne sont pas liés par cette reconnaissance. Les parties ne sauraient attribuer à une cour une compétence qu’elle ne possède pas. Dans le présent litige, la réponse à la question concernant l’application de la Loi dépend de la définition de la notion de garde figurant dans la Convention et la Loi.

La Convention vise à protéger l’enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d’un déplacement ou d’un non-retour illicites et à établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l’enfant dans l’État de sa résidence habituelle, ainsi qu’à assurer la protection du droit de visite. En vertu de la Convention, seul le déplacement ou le non-retour d’un enfant ayant lieu en violation d’un droit de garde — et non d’un simple droit de visite — déclenche le mécanisme de retour obligatoire prévu par la Convention. Quant au droit de visite, la tâche d’en assurer le respect est laissée aux organismes administratifs des autorités centrales désignées par les États parties à la Convention. La Convention établit donc une distinction claire entre le droit de visite, qui «comprend le droit d’emmener l’enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle», et le droit de garde, défini comme «compren[ant] le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». L’objectif principal de la Convention est l’exécution du droit de garde. Bien que la détermination de ce que la Convention entend par «droit de garde» doive se faire indépendamment du droit interne des juridictions auxquelles elle s’applique, la question de savoir qui détient le «droit portant sur les soins de la personne de l’enfant» ou encore «celui de décider de son lieu de résidence» au sens de la Convention est en principe déterminée selon la loi de l’État du lieu de résidence habituelle de l’enfant.

Même si elle n’adopte pas intégralement le texte de la Convention, la Loi a uniquement pour but de lui donner effet. L’interdépendance de la Convention et de la Loi est consacrée tant par le préambule de la Loi, qui précise que «le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par cette Convention», que par son article premier, qui pose les objectifs communs de la Loi et de la Convention. De plus, la Loi reprend sans changement les définitions du droit de garde et du droit de visite prévus par la Convention. Cette interdépendance incite à donner aux art. 3 et 4 de la Loi une interprétation qui traduit pleinement l’objectif de la Convention, tout en tenant compte des principes établis dans l’arrêt *Thomson*.

Section 3 of the Act, which is based on the wording of the Convention, triggers the application of the Act and its mandatory return procedure only where a child is removed or retained in breach of rights of custody within the meaning of the Act, as opposed to rights of access only. Although an interim custody order combined with an order restricting the removal of a child might temporarily deprive the person awarded custody of the right to determine the child's place of residence by making any removal of the child wrongful within the meaning of s. 3 of the Act, aside from this exception, the concept of custody under the Act must be given a large and liberal interpretation. A narrow reading would contradict the very object of the Act, namely to protect rights of custody and the exercise of the attributes thereof, including the choice of the child's place of residence. Since the foundation of the Act, like that of the Convention, is the rapidity of the mandatory return process and the principle that the merits of issues related to the custody of children who have been wrongfully removed or retained are to be determined by the courts of their habitual place of residence, the very philosophy of the Act militates against bringing the unsettled factual basis of a custody order into play at this stage of the exercise.

As for s. 4 of the Act, which represents an original initiative by the Quebec legislature, it merely expands the concept of "wrongful removal" under s. 3 of the Act; it does not broaden the definition of rights of custody. Under s. 4, a child's removal or retention is wrongful if it occurs when proceedings for determining or modifying rights of custody have been introduced in Quebec or in the designated state where the child was habitually resident and if the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered. By taking account of the fact that custody rights obviously become unsettled when the right to apply for a modification thereof has been exercised, s. 4 ensures that the execution of the custody order that is eventually made will not be frustrated by the untimely removal of the child.

Finally, when a court finds that there has been a wrongful removal within the meaning of s. 3 or 4 of the Act, it must automatically order the return of the child unless the person who opposes that return can prove that the situation falls within one of the exceptions provided for in s. 20 of the Act, such as the settlement of the child in his or her new environment. Those exceptions must be interpreted narrowly.

The Superior Court and the Court of Appeal erred in applying the Act to the circumstances of this case. The

L'article 3 de la Loi, qui s'inspire textuellement de la Convention, ne déclenche l'application de la Loi et son mécanisme de retour automatique que lorsque le déplacement ou le non-retour d'un enfant a lieu en violation d'un droit de garde au sens de la Loi, par opposition à un simple droit de visite. Même si une ordonnance provisoire de garde assortie d'une ordonnance restreignant le déplacement d'un enfant peut priver temporairement la personne à qui la garde a été confiée du droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant, rendant tout déplacement de l'enfant illicite au sens de l'art. 3 de la Loi, à cette exception près la notion de garde au sens de la Loi doit recevoir une interprétation large et libérale. Une interprétation restrictive irait à l'encontre de l'objectif même de la Loi, soit la protection du droit de garde et l'exercice de ses attributs, dont le choix du lieu de résidence de l'enfant. Puisque la Loi, comme la Convention, est fondée sur la rapidité du processus de retour obligatoire et sur le principe que le fond du droit de garde des enfants illicitement déplacés ou retenus doit être déterminé par les tribunaux du lieu de leur résidence habituelle, la philosophie même de la Loi s'oppose à ce que la précarité factuelle d'une ordonnance de garde entre en jeu à ce stade de l'exercice.

Quant à l'art. 4 de la Loi, qui représente une initiative originale du législateur québécois, il ne fait qu'élargir le concept de «déplacement illicite» énoncé à l'art. 3 de la Loi, et non la définition du droit de garde. L'article 4 qualifie d'illicite le déplacement ou non-retour d'un enfant qui se produit alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite au Québec ou dans l'État désigné où cet enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue. En tenant compte de la précarité manifeste d'un droit de garde lorsque le droit d'en demander la modification a effectivement été exercé, l'art. 4 assure que l'exécution de l'ordonnance de garde qui sera éventuellement rendue ne sera pas frustrée par un déplacement intempestif de l'enfant.

Enfin, dès que le tribunal constate qu'il y a un déplacement illicite au sens des art. 3 ou 4 de la Loi, le retour de l'enfant est automatiquement ordonné, sauf dans la mesure où celui qui s'y oppose réussit à faire la preuve de l'une des exceptions prévues à l'art. 20 de la Loi, telle l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu. Ces exceptions doivent être interprétées de façon restrictive.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont erré en appliquant la Loi aux circonstances de l'espèce. Le

child's removal from Michigan to Quebec was not wrongful within the meaning of s. 3 of the Act, since the father had custody of her within the meaning of the Act at the time. Nor can the situation be described as a "wrongful retention" within the meaning of that section. The *ex parte* custody order obtained by the mother in the United States following the child's removal did not confer custody rights on her that made the child's retention in Quebec wrongful. Section 4 does not apply either, since the proceedings pending when the child was removed related solely to the mother's access rights and not the father's custody rights.

However, since the child was domiciled or resided with her father in Quebec, art. 70 *C.C.P.* and Quebec conflict of jurisdictions rules gave the Superior Court jurisdiction to hear and determine the father's motion for custody of the child. The only criterion that should guide the court is the child's best interests under art. 30 *C.C.L.C.* It is of little consequence that the trial judge ruled on the father's motion under the Act rather than the *Civil Code of Québec*, since both of these systems have adopted a broad concept of custody — which is distinct from access rights and includes the choice of the child's place of residence — and the interests of the child are the common standard. In this case, although the only issue at trial was whether the child was settled in her new environment within the meaning of the Act, there is no doubt, based on the judgment and the trial judge's exhaustive analysis of the evidence, that he not only took account of the child's interests but also determined that it was in her interests to return to her mother. Moreover, in exercising his jurisdiction over custody the trial judge had, under art. 46 *C.C.P.*, the power to order the child's return to the United States after finding that it was in her interests to make such an order. In view of the deference that must be shown to the findings of fact by the trial judge, who heard all the interested parties and lengthy expert evidence, his decision must be affirmed since he did not make any error that would warrant intervention by a court of appeal.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Gordon v. Goertz*, [1996] 1 S.C.R. 27.

déplacement de l'enfant du Michigan au Québec n'était pas illicite au sens de l'art. 3 de la Loi puisqu'à cette date le père en avait la garde au sens de la Loi. La situation ne se qualifie pas non plus de «non-retour illicite» au sens de cet article. L'ordonnance de garde obtenue *ex parte* par la mère aux États-Unis après le déplacement de l'enfant ne lui confère pas un droit de garde rendant illicite la rétention de l'enfant au Québec. L'article 4 est également inapplicable puisque les procédures pendantes à la date du déplacement de l'enfant ne visaient que les droits de visite de la mère et non le droit de garde du père.

Toutefois, étant donné que l'enfant était domiciliée ou résidait au Québec avec son père, l'art. 70 *C.p.c.* ainsi que les règles québécoises en matière de conflit de juridictions confèrent compétence à la Cour supérieure pour connaître de la requête du père pour la garde de l'enfant. Le seul critère qui doit guider le tribunal est celui du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 *C.c.B.C.* Il importe peu que le juge de première instance ait disposé de la requête du père dans le cadre de la Loi plutôt que du *Code civil du Québec*, puisque ces deux régimes retiennent une notion large du droit de garde — indépendante du droit de visite et dont fait partie le choix du lieu de résidence de l'enfant — et que l'intérêt de l'enfant est la norme commune. En l'espèce, bien qu'en première instance la seule question ait porté sur l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu en vertu de la Loi, à la lecture du jugement et de l'analyse exhaustive de la preuve faite par le juge de première instance, il ne fait aucun doute qu'il a non seulement tenu compte de l'intérêt de l'enfant, mais aussi déterminé qu'il était dans cet intérêt qu'elle retourne avec sa mère. De surcroît, dans le cadre de l'exercice de sa compétence en matière de garde, le juge de première instance avait le pouvoir, en vertu de l'art. 46 *C.p.c.*, d'ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis après avoir conclu qu'il était dans son intérêt de rendre une telle ordonnance. Compte tenu de la déférence dont il y a lieu de faire preuve à l'endroit des conclusions de fait du juge de première instance, qui a entendu toutes les parties intéressées ainsi qu'une longue preuve d'experts, sa décision doit être confirmée puisqu'il n'a commis aucune erreur susceptible de justifier l'intervention d'une cour d'appel.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Gordon c. Goertz*, [1996] 1 R.C.S. 27.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; **referred to:** *Messier v. Palomba*, [1992] R.D.J. 548; *Équipements Lefco Inc. v. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234; *Hamel v. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178; *Montana v. Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 S.C.R. 32; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Droit de la famille — 323*, [1988] R.J.Q. 1542; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *Droit de la famille — 120*, [1984] C.A. 101; *Droit de la famille — 7*, [1984] C.A. 350; *Droit de la famille — 190*, [1985] C.A. 201; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, aff'd [1995] 4 S.C.R. 592 (*sub nom. P. (M.) v. L.B. (G.)*); *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, R.S.Q., c. A-23.01, preamble, ss. 1, 2, 3, 4, 19, 20, 25, 27, 28, 30, 31, 32.
Civil Code of Lower Canada, arts. 30 [am. 1980, c. 39, s. 3], 79, 80, 81, 83 [repl. *idem*, s. 12; am. 1989, c. 54, s. 79].
Civil Code of Québec [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 1], arts. 569, 570, 647, 650, 653.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 33, 75, 76, 80, 514, 599, 602, 604, 605, 3142.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 46 [am. 1992, c. 57, s. 422], 70 [repl. 1982, c. 17, s. 8; 1989, c. 54, s. 131; am. 1992, c. 57, s. 194], 164, 523 [am. 1985, c. 29, s. 11; am. 1992, c. 57, s. 422], 861.
Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble, Arts. 1, 3, 5, 11, 12, 13, 21.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3.
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), 17(1), (5).

Authors Cited

Anton, A. E. "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.
 Black, Vaughan, and Christopher Jones. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 *C.F.L.Q.* 321.
 Castel, J.-G. *Droit international privé québécois*. Toronto: Butterworths, 1980.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; **arrêts mentionnés:** *Messier c. Palomba*, [1992] R.D.J. 548; *Équipements Lefco Inc. c. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234; *Hamel c. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178; *Montana c. Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S. 32; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Droit de la famille — 323*, [1988] R.J.Q. 1542; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Droit de la famille — 120*, [1984] C.A. 101; *Droit de la famille — 7*, [1984] C.A. 350; *Droit de la famille — 190*, [1985] C.A. 201; *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, conf. par [1995] 4 R.C.S. 592 (*sub nom. P. (M.) c. L.B. (G.)*); *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 30 [mod. 1980, ch. 39, art. 3], 79, 80, 81, 83 [repl. *idem*, art. 12; mod. 1989, ch. 54, art. 79].
Code civil du Québec [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 569, 570, 647, 650, 653.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 33, 75, 76, 80, 514, 599, 602, 604, 605, 3142.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46 [mod. 1992, ch. 57, art. 422], 70 [repl. 1982, ch. 17, art. 8; 1989, ch. 54, art. 131; mod. 1992, c. 57, art. 194], 164, 523 [mod. 1985, c. 29, art. 11; mod. 1992, ch. 57, art. 422], 861.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3.
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, préambule, art. 1, 3, 5, 11, 12, 13, 21.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 16(8), 17(1), (5).
Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 19, 20, 25, 27, 28, 30, 31, 32.

Doctrine citée

Anton, A. E. «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.
 Black, Vaughan, and Christopher Jones. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 *C.F.L.Q.* 321.
 Castel, J.-G. *Droit international privé québécois*. Toronto: Butterworths, 1980.

- Castelli, Mireille D. *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993.
- Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
- Eekelaar, John M. "International Child Abduction by Parents" (1982), 32 *U.T.L.J.* 281.
- Farquhar, Keith B. "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 5.
- Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Groffier-Atala, Ethel. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- Hague Conference on Private International Law. *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The Hague, 1993.
- Kouri, Robert P. "L'arrêt *Eve* et le droit québécois" (1987), 18 *R.G.D.* 643.
- Lesage, Robert. "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 *R. du N.* 46.
- L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193.
- McLeod, James G. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 *R.F.L.* (4th) 406.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Morin, Michel. "La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire" (1990), 50 *R. du B.* 827.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Pineau, Jean. *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1983.
- Schuz, Rhona. "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law" (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771.
- Silberman, Linda. "Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis" (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9.
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.
- Castelli, Mireille D. *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993.
- Conférence de La Haye de droit international privé. *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. La Haye, 1993.
- Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
- Eekelaar, John M. «International Child Abduction by Parents» (1982), 32 *U.T.L.J.* 281.
- Farquhar, Keith B. «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983), 4 *Rev. can. d. fam.* 5.
- Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Groffier-Atala, Ethel. «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- Kouri, Robert P. «L'arrêt *Eve* et le droit québécois» (1987), 18 *R.G.D.* 643.
- Lesage, Robert. «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193.
- McLeod, James G. Case Comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 *R.F.L.* (4th) 406.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Morin, Michel. «La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire» (1990), 50 *R. du B.* 827.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1995.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Pineau, Jean. *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1983.
- Schuz, Rhona. «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law» (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771.
- Silberman, Linda. «Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis» (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9.
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 2076 (*sub nom. Droit de la famille — 1763*), 58 Q.A.C. 168, affirming a decision of the Superior Court, [1993] R.D.F. 111. Appeal dismissed.

Ghislain Richer, Julie Lessard and Marc Baillargeon, for the appellant.

Roseline Alric, for the respondent.

Guy Lecompte, for the mis en cause Blais.

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

MCLACHLIN J. — I agree with L'Heureux-Dubé J., subject to my comments in *Gordon v. Goertz*, [1996] 1 S.C.R. 27, on the rights and obligations of custodial parents.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal concerns the Hague *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (the "Convention"), as implemented in Quebec by *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, R.S.Q., c. A-23.01 (the "Act"). The specific question is whether the Act is applicable to the circumstances of this case. If so, did the Quebec Court of Appeal, like the Superior Court, err in confirming the order made under the Act to return the child to the United States? If not, the question that arises is whether the Superior Court had jurisdiction to dispose of the motion for custody of the child. The concept of custody under the Convention and the Act is at the heart of this case. In the case at bar, it was to the child's father, the appellant, that the courts of the state of Maryland granted custody, while the respondent mother held rights of access.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 2076 (*sub nom. Droit de la famille — 1763*), 58 Q.A.C. 168, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1993] R.D.F. 111. Pourvoi rejeté.

Ghislain Richer, Julie Lessard et Marc Baillargeon, pour l'appellant.

Roseline Alric, pour l'intimée.

Guy Lecompte, pour le mis en cause Blais.

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

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, sous réserve des observations que j'ai formulées dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 1 R.C.S. 27, sur les droits et obligations des parents gardiens. ¹

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi met en cause la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye, R.T. Can. 1983 n° 35 (la «Convention»), telle que mise en vigueur au Québec par la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., ch. A-23.01 (la «Loi»). De façon plus précise, il s'agit de déterminer si la Loi s'applique aux circonstances de l'espèce. Dans l'affirmative, la Cour d'appel du Québec, à l'instar de la Cour supérieure, a-t-elle erré en confirmant l'ordonnance de retour de l'enfant aux États-Unis rendue en application de la Loi? Dans la négative se pose la question de la compétence de la Cour supérieure pour disposer de la requête pour la garde de l'enfant. La notion de garde au sens de la Convention et de la Loi est au cœur de ce litige. En l'instance, c'est au père de l'enfant, l'appellant, que la garde a été attribuée par les tribunaux de l'État du Maryland, la mère intimée étant détentrice de droits de visite. ²

I. Facts

3 The turbulent history of the relations between the parties in respect of their daughter first requires a brief review of the facts.

4 The child of the parties was born on December 27, 1982 in Maryland, where the family was living at the time. In November 1986, the appellant left the family home, leaving the child with the respondent. The respondent prevented him from seeing the child until December 16, 1986, at which date the parties agreed that the child was to stay with the appellant until January 2, 1987. The following week, the respondent again refused to let the appellant see the child. The day after this incident, the appellant went to get the child as she was leaving school and refused to return her to the respondent.

5 In February 1987, the appellant filed for a divorce. On February 10, 1987, the Maryland Circuit Court granted temporary custody of the child to the appellant and recommended that the parties undergo a psychological evaluation. On September 23, 1987, Judge Fischer of the Circuit Court granted the parties joint custody of the child, while granting physical custody to the respondent. In February 1988, the appellant filed a petition in which he alleged that the respondent had committed acts of Satanism and sexual abuse against the child. On February 10, 1988, Judge Sybert of the Circuit Court granted temporary custody of the child to the appellant and denied the respondent access. On April 25, 1988, the respondent was granted supervised access. In a divorce judgment dated September 29, 1988, Judge Fischer granted custody of the child to the appellant and rights of supervised access to the respondent, which were to be re-evaluated in June 1989 after the respondent had undergone treatment. Although Judge Fischer rejected the allegations of sexual abuse, he explained that he was granting custody to the appellant because, if the child was disturbed, the respondent was the primary cause. The Court of Special Appeals of Maryland affirmed that judgment on November 8, 1989.

I. Les faits

L'historique tourmenté des relations entre les parties au sujet de leur fille commande, en premier lieu, une brève revue des faits.

L'enfant des parties naît le 27 décembre 1982 au Maryland, où la famille résidait à l'époque. En novembre 1986, l'appelant quitte la résidence familiale laissant l'enfant à l'intimée. Celle-ci l'empêche de voir l'enfant jusqu'au 16 décembre 1986, date à laquelle les parties s'entendent pour que l'enfant demeure avec l'appelant jusqu'au 2 janvier 1987. La semaine suivante, l'intimée refuse à nouveau de laisser l'appelant voir l'enfant. Le lendemain de cet incident, l'appelant va chercher l'enfant à la sortie de l'école et refuse de la retourner à l'intimée.

En février 1987, l'appelant institue des procédures de divorce. Le 10 février 1987, la Cour de circuit du Maryland confie la garde temporaire de l'enfant à l'appelant et recommande aux parties de se soumettre à une évaluation psychologique. Le 23 septembre 1987, le juge Fischer de la Cour de circuit confie aux parties la garde conjointe de l'enfant, avec garde physique à l'intimée. En février 1988, l'appelant dépose une requête alléguant que l'intimée aurait commis des actes de satanisme et des abus sexuels à l'endroit de l'enfant. Le 10 février 1988, le juge Sybert de la Cour de circuit confie la garde temporaire de l'enfant à l'appelant, sans droit de visite pour l'intimée. Le 25 avril 1988, des droits de visite supervisée sont accordés à l'intimée. Par jugement de divorce le 29 septembre 1988, le juge Fischer confie la garde de l'enfant à l'appelant et accorde des droits de visite supervisée à l'intimée, lesquels devront être réévalués en juin 1989 après que l'intimée aura suivi certains traitements. Bien que le juge Fischer rejette les allégations d'abus sexuels, il motive l'attribution de garde à l'appelant en expliquant que si l'enfant est perturbée, l'intimée en est la cause première. La Cour des appels spéciaux du Maryland confirme cette décision le 8 novembre 1989.

In November 1989, the appellant moved to Michigan with the child. On December 15, 1989, the respondent filed motions in Maryland for contempt of court, to enforce her access rights and to modify and increase access. The specific purpose of these motions was to reorganize the schedule of visits in view of the child's removal and to obtain increased rights of unsupervised access. Under an agreement entered into by the parties on February 1, 1990, a schedule of supervised visits was drawn up and the appellant agreed to have the child undergo a psychiatric evaluation in Michigan to be filed as evidence at the hearing into the respondent's motions. On March 13, 1990, the Circuit Court ratified this agreement by way of an order. In the interim, on February 13, 1990, the appellant moved to Quebec with the child without consulting or notifying the respondent.

On April 6, 1990, following a suggestion by the court, the respondent filed a petition for contempt of court and for a change of custody. The appellant did not attend at the hearing of that petition on April 16, 1990. On May 8, 1990, Judge Dudley of the Circuit Court found the appellant guilty of contempt and awarded custody of the child to the respondent "*pendente lite*, pending any further hearings on the issue of custody and visitation at the request of either party". That judgment was affirmed by the Court of Special Appeals on May 14, 1991.

In the interim, on May 6, 1991, the appellant filed a motion in the Superior Court of Quebec for custody of the child. The respondent countered by filing a motion in which she applied for the return of the child under the Act. She moved temporarily to Sherbrooke, where the child was residing with the appellant and his sister. Interim custody of the child was granted to the appellant's sister under an agreement between the parties endorsed on August 30, 1991 by Savoie J. of the Superior Court. The parties also recognized under that agreement that the Act was applicable to the case. In June and December 1992, Bellavance J. of the Superior Court made two orders that laid down the conditions of a supervised access program, the purpose

En novembre 1989, l'appelant déménage au Michigan avec l'enfant. Le 15 décembre 1989, l'intimée présente au Maryland des requêtes pour outrage au tribunal, ainsi que pour le respect, la modification et l'augmentation de ses droits de visite. Plus précisément, ces requêtes visent à réorganiser l'horaire des visites étant donné l'éloignement de l'enfant et à obtenir des droits accrus de visite non supervisée. Dans le cadre d'une entente intervenue entre les parties le 1^{er} février 1990, un horaire de visites supervisées est établi et l'appelant s'engage à faire subir à l'enfant une évaluation psychiatrique au Michigan en vue de la preuve à être soumise à l'audition des requêtes de l'intimée. Le 13 mars 1990, la Cour de circuit entérine cette entente par ordonnance. Entre-temps, le 13 février 1990, l'appelant déménage au Québec avec l'enfant, sans consulter ni prévenir l'intimée.

Le 6 avril 1990, conformément à la suggestion du tribunal, l'intimée présente une requête pour outrage au tribunal et pour changement de garde. L'appelant n'est pas présent lors de l'audition de cette requête le 16 avril 1990. Le 8 mai 1990, le juge Dudley de la Cour de circuit déclare l'appelant coupable d'outrage au tribunal et confie la garde de l'enfant à l'intimée [TRADUCTION] «*pendente lite*, jusqu'à ce qu'il y ait d'autres procédures sur la question de la garde ou du droit de visite à la demande de l'une ou l'autre des parties». Cette décision est confirmée par la Cour des appels spéciaux le 14 mai 1991.

Entre-temps, le 6 mai 1991, l'appelant présente une requête pour la garde de l'enfant devant la Cour supérieure du Québec. L'intimée, par requête reconventionnelle, réclame le retour de l'enfant en vertu de la Loi. Elle déménage temporairement à Sherbrooke où l'enfant réside avec l'appelant et la sœur de celui-ci. La garde provisoire de l'enfant est confiée à la sœur de l'appelant par entente entre les parties entérinée le 30 août 1991 par le juge Savoie de la Cour supérieure. Les parties reconnaissent également, dans le cadre de cette entente, que la Loi s'applique au litige. En juin et en décembre 1992, le juge Bellavance de la Cour supérieure rend deux ordonnances qui établissent les modalités d'un programme de visites supervi-

6

7

8

of which was to promote the gradual resumption of contact between the respondent and the child.

sées, programme destiné à faciliter la reprise graduelle des contacts entre l'intimée et l'enfant.

9 On January 8, 1993, Bellavance J. dismissed the appellant's motion and ordered the child's return to the United States: [1993] R.D.F. 111. Due to the danger of the appellant's fleeing with the child once again, the judge ordered that she be placed in the custody of the Youth Protection Agency until the expiration of the appeal period. The appellant appealed the judgment, and Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal made an interim order that the child be placed with a foster family and that contact between the parties and the child continue to be supervised by the Youth Protection Agency until the hearing into the merits of the appeal. On August 2, 1993, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal ([1993] R.J.Q. 2076, 58 Q.A.C. 168) and the respondent returned to Maryland with the child, who has apparently been there ever since.

Le 8 janvier 1993, le juge Bellavance rejette la requête de l'appelant et ordonne le retour de l'enfant aux États-Unis: [1993] R.D.F. 111. Étant donné le risque que l'appelant s'enfuit à nouveau avec l'enfant, le juge ordonne que celle-ci soit placée sous la garde de la Direction de la protection de la jeunesse jusqu'à l'expiration du délai pour interjeter appel. L'appelant s'étant pourvu contre ce jugement, le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec rend une ordonnance intérimaire selon laquelle l'enfant doit demeurer en famille d'accueil et les contacts entre les parties et l'enfant doivent continuer sous la supervision de la Direction de la protection de la jeunesse jusqu'à l'audition au fond du pourvoi. Le 2 août 1993, la Cour d'appel rejette le pourvoi de l'appelant ([1993] R.J.Q. 2076, 58 Q.A.C. 168) et l'intimée retourne au Maryland avec l'enfant qui s'y trouve apparemment depuis lors.

II. Legislation

The Convention:

[PREAMBLE]

The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions:

ARTICLE 1

The objects of the present Convention are:

- (a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and
- (b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

II. La législation

La Convention:

[PRÉAMBULE]

Les États signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes:

ARTICLE 1

La présente Convention a pour objet:

- a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant;
- b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant.

ARTICLE 3

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

- (a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
- (b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph (a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

ARTICLE 5

For the purposes of this Convention:

- (a) "rights of custody" shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence;
- (b) "rights of access" shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence.

ARTICLE 11

The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. If a reply is received by the Central Authority of the requested State, that Authority shall transmit the reply to the Central Authority of the requesting State, or to the applicant, as the case may be.

ARTICLE 12

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where

ARTICLE 3

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite:

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État.

ARTICLE 5

Au sens de la présente Convention:

- a) le «droit de garde» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;
- b) le «droit de visite» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

ARTICLE 11

Les autorités judiciaires ou administratives de tout État contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'État requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'État requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. Si la réponse est reçue par l'Autorité centrale de l'État requis, cette Autorité doit la transmettre à l'Autorité centrale de l'État requérant ou, le cas échéant, au demandeur.

ARTICLE 12

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'au-

the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

. . .

ARTICLE 13

Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that:

- (a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or
- (b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

. . .

ARTICLE 21

An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of rights of access may be presented to the Central Authorities of the Contracting States in the same way as an application for the return of a child.

The Central Authorities are bound by the obligations of co-operation which are set forth in Article 7 to promote the peaceful enjoyment of access rights and the fulfilment of any conditions to which the exercise of those rights may be subject. The Central Authorities shall take steps to remove, as far as possible, all obstacles to the exercise of such rights.

The Central Authorities, either directly or through intermediaries, may initiate or assist in the institution of proceedings with a view to organizing or protecting these rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.

torité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

. . .

ARTICLE 13

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit:

- a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou
- b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

. . .

ARTICLE 21

Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un État contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

Les Autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer.

Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

The Act:

[PREAMBLE]

WHEREAS the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction signed at The Hague on 25 October 1980 aims to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention;

Whereas the Convention establishes procedures to ensure the prompt return of children to the State of their habitual residence and to secure protection for rights of access;

Whereas Québec subscribes to the principles and rules set forth in the Convention and it is expedient to apply them to the largest possible number of cases;

THE PARLIAMENT OF QUÉBEC ENACTS AS FOLLOWS:

1. The object of this Act is to secure the prompt return to the place of their habitual residence of children removed to or retained in Québec or a designated State, as the case may be, in breach of custody rights.

A further object of this Act is to ensure that the rights of custody and access under the law of a designated State are effectively respected in Québec and the rights of custody and access under the law of Québec are effectively respected in a designated State.

2. For the purposes of this Act,

(1) “**rights of custody**” shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence;

(2) “**rights of access**” shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence;

3. The removal or the retention of a child is to be considered wrongful, within the meaning of this Act, where it is in breach of rights of custody attributed to one or several persons or bodies under the law of Québec or of the designated State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention and where, at the time of removal or retention, those rights were actually exercised by one or several persons or bodies or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in the first paragraph may arise in particular by operation of law, or by reason

La Loi:

[PRÉAMBULE]

ATTENDU que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants vise, au niveau international, à protéger l’enfant contre les effets nuisibles d’un déplacement ou d’un non-retour illicites;

Attendu que cette Convention établit, dans l’intérêt de l’enfant, des mécanismes en vue de garantir le retour immédiat de ce dernier dans l’État de sa résidence habituelle et d’assurer la protection du droit de visite;

Attendu que le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par cette Convention et qu’il y a lieu de les appliquer au plus grand nombre de cas possible;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT:

1. La présente loi a pour objet d’assurer le retour immédiat au lieu de leur résidence habituelle des enfants déplacés ou retenus au Québec ou dans un État désigné, selon le cas, en violation d’un droit de garde.

Elle a aussi pour objet de faire respecter effectivement, au Québec, les droits de garde et de visite existant dans un État désigné et, dans tout État désigné, les droits de garde et de visite existant au Québec.

2. Au sens de la présente loi:

1° le «**droit de garde**» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;

2° le «**droit de visite**» comprend le droit d’emmener l’enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle;

3. Le déplacement ou le non-retour d’un enfant est considéré comme illicite au sens de la présente loi, lorsqu’il a lieu en violation d’un droit de garde, attribué à un ou plusieurs titulaires par le droit du Québec ou de l’État désigné dans lequel l’enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, alors que ce droit était exercé de façon effective par un ou plusieurs titulaires, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l’eût été si de tels événements n’étaient survenus.

Ce droit de garde peut notamment résulter d’une attribution de plein droit, d’une décision judiciaire ou admi-

of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of Québec or of the designated State.

4. In addition to the cases contemplated in section 3, the removal or the retention of a child is considered wrongful if it occurs when proceedings for determining or modifying the rights of custody have been introduced in Québec or in the designated State where the child was habitually resident and the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered.

20. Where a child who is in Québec has been wrongfully removed or retained and where, at the time of commencement of the proceedings before the Superior Court, a period of less than one year has elapsed from the date of the removal or retention, the Superior Court shall order the return of the child forthwith.

The Superior Court, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in his or her new environment.

25. The Superior Court, after having been notified that a child has been wrongfully removed or retained in Québec, shall not decide on the custody of the child if the conditions set out in this Act for the return of the child may be fulfilled or if an application for his or her return may be made within a reasonable time.

28. In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention, the Superior Court may take notice directly of the law of, and of judicial or administrative decisions, formally recognized or not in the designated State in which the child is habitually resident, without recourse to the specific procedures for the proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable.

30. A decision under this Act concerning the return of a child shall not be taken to be a determination on the merits of any custody issue.

31. An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of rights of access may be presented to the Minister of Justice or to the Central Authority of a designated State in the same way as an application for the return of a child.

32. The Minister of Justice may initiate or assist in the institution of proceedings with a view to organizing or

nistrative ou d'un accord en vigueur selon le droit du Québec ou de l'État désigné.

4. Outre les cas prévus à l'article 3, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite s'il se produit alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite au Québec ou dans l'État désigné où l'enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue.

20. Lorsqu'un enfant qui se trouve au Québec a été déplacé ou retenu illicitement et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant la Cour supérieure, celle-ci ordonne son retour immédiat.

Même si la demande est introduite après l'expiration de cette période, la Cour supérieure ordonne également le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que ce dernier s'est intégré dans son nouveau milieu.

25. Après avoir été informée qu'un enfant a été déplacé ou est retenu illicitement au Québec, la Cour supérieure ne peut décider de la garde de cet enfant si les conditions prévues par la présente loi pour le retour de l'enfant peuvent être satisfaites ou si une demande de retour peut être présentée dans un délai raisonnable.

28. Pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite, la Cour supérieure peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'État désigné où l'enfant a sa résidence habituelle, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables.

30. Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la présente loi n'affecte pas le fond du droit de garde.

31. Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée au ministre de la Justice ou à l'Autorité centrale d'un État désigné, selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

32. Le ministre de la Justice peut introduire ou favoriser l'introduction de toute procédure en vue d'organiser ou

protecting access rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.

The *Civil Code of Lower Canada*, which was in force at the time of the relevant facts (the corresponding articles of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, appear in square brackets):

30. [33] In every decision concerning a child, the child's interest and the respect of his rights must be the determining factors.

Consideration may be given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

79. [75] The domicile of a person, for all civil purposes, is at the place where he has his principal establishment.

80. [76] Change of domicile is effected by actual residence in another place, coupled with the intention of the person to make it the seat of his principal establishment.

81. [76] The proof of such intention results from the declarations of the person and from the circumstances of the case.

83. [80] . . .

A minor whose custody has been the subject of a judicial decision is domiciled with the person who has custody of him.

When no judicial decision has been rendered with respect to custody and the minor's father and mother have no common domicile, the minor is domiciled with the parent with whom he habitually resides.

The *Civil Code of Québec* (1980), with the new numbering shown in square brackets:

569. [514] The court, in granting the divorce or subsequently, decides as to the custody, maintenance and education of the children, in their interest and in the respect of their rights, taking into account the agreements made between the spouses, where such is the case.

570. [605] Whether custody is entrusted to one of the spouses or to a third person, the father and mother retain the right of watching over the maintenance and education of the children, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

Le *Code civil du Bas Canada* alors en vigueur à l'époque des faits en litige (les articles correspondants du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, sont entre crochets):

30. [33] L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

79. [75] Le domicile de toute personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où elle a son principal établissement.

80. [76] Le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y faire son principal établissement.

81. [76] La preuve de l'intention résulte des déclarations de la personne et des circonstances.

83. [80] . . .

Le mineur dont la garde a fait l'objet d'une décision judiciaire a son domicile chez la personne qui en a la garde.

En l'absence de décision judiciaire portant sur la garde, le mineur dont les père et mère n'ont pas de domicile commun a son domicile chez celui d'entre eux chez qui il réside habituellement.

Le *Code civil du Québec* (1980), dont la nouvelle numérotation est entre crochets:

569. [514] Au moment où il prononce le divorce ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux.

570. [605] Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

647. [599] The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children.

647. [599] Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

650. [602] No unemancipated minor may leave the family home without the consent of the person having parental authority.

650. [602] Le mineur non émancipé ne peut, sans le consentement du titulaire de l'autorité parentale, quitter la demeure familiale.

653. [604] In the case of difficulties relating to the exercise of parental authority, the person having parental authority may refer the matter to the court, which will decide in the interest of the child after fostering the conciliation of the parties.

653. [604] En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties.

The *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25:

Le Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25:

46. The courts and the judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction. They may, in the cases brought before them, even of their own motion, pronounce orders or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to cover cases where no specific remedy is provided by law.

46. Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. Ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances qu'il appartiendra pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.

70. Applications in family cases are taken before the court of the common domicile of the parties or, failing such a domicile, the domicile of either of the parties.

70. Les demandes en matière familiale sont portées devant le tribunal du domicile commun des parties ou, à défaut, devant celui du domicile de l'une ou de l'autre des parties.

164. Lack of jurisdiction by reason of the subject matter may be raised at any stage of the case, and it may even be declared by the court of its own motion. The court adjudicates as to costs according to the circumstances.

164. L'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause et peut même être déclarée d'office par le tribunal, qui adjuge les dépens selon les circonstances.

523. The Court of Appeal may, if the ends of justice so require, permit a party... in exceptional circumstances, to adduce, in such manner as it directs, indispensable new evidence.

523. La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie... en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

III. Judgments

III. Les jugements

Superior Court of Quebec, [1993] R.D.F. 111

Cour supérieure du Québec, [1993] R.D.F. 111

10 Since the parties had not contested the applicability of the Act to the case at bar, Bellavance J.'s reasons took as their starting point the parties' admission that the removal of the child was wrongful within the meaning of the Act. He first recognized that the case did not concern the merits of the custody issue but rather whether the child was settled in Quebec. Since the child had been in

Les parties n'ayant pas contesté que la Loi s'appliquait en l'espèce, leur admission quant au caractère illicite du déplacement de l'enfant au sens de la Loi constitue le point de départ des motifs du juge Bellavance. D'emblée, il reconnaît que le litige ne porte pas sur le fond du droit de garde, mais plutôt sur l'intégration de l'enfant au Québec. L'enfant s'y trouvant depuis plus d'un an, en vertu

Quebec for a period longer than one year, it was open to the appellant, under s. 20 of the Act, to oppose an automatic order of return by demonstrating that the child was now settled in her new environment. According to the trial judge, whether a child is settled within the meaning of the Act does not depend solely on external factors such as the child's ability to speak French, it is also necessary that he or she not be exposed to psychological or physical harm by remaining in Quebec.

In his view, the child had been unable to settle in Quebec on account of her state of psychological alienation, for which the conduct of the appellant, although sincere, was largely responsible. The judge noted that the appellant did nothing to correct the child's obviously false perceptions, in particular those relating to the respondent's supposed ability to fly and her alleged desire to kill the child. Furthermore, because the judgments of the Maryland courts and the expert testimony at the hearing did not establish that the respondent had sexually abused the child, the judge found that the respondent represented neither a psychological nor a physical danger to the child. He, accordingly, dismissed the appellant's motion for custody of the child and ordered that she be returned to the United States.

Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 2076 (Vallerand, Brossard and Deschamps JJ.A.)

The Court of Appeal dealt with three main issues: the application of ss. 3 and 4 of the Act, the interpretation of s. 20 of the Act and its application to the facts of the case.

Concerning the application of the Act, the court unanimously held that the Act was applicable even though the court was not bound by the parties' admission on this point. Since, on the one hand, the agreement of February 1, 1990 between the parties implicitly prohibited the removal of the child should removal deprive the respondent of her rights of access, and on the other hand, the appellant's rights of custody were rendered precarious by the fact that he moved to Quebec, the court considered that the respondent held rights of custody

de l'art. 20 de la Loi, il était loisible à l'appelant de démontrer qu'elle s'était intégrée dans son nouveau milieu pour s'opposer à une ordonnance de retour automatique. Selon le juge de première instance, l'intégration de l'enfant au sens de la Loi ne dépend pas uniquement de facteurs externes telle sa capacité de s'exprimer en français, mais commande également l'assurance qu'elle n'est pas en situation de danger psychologique ou physique en demeurant au Québec.

À son avis, l'enfant n'a pas pu s'intégrer au Québec en raison de l'état d'aliénation psychologique dans laquelle elle se trouve et dont le comportement de l'appelant, au reste sincère, est en grande partie responsable. En effet, le juge note que l'appelant n'a rien fait pour corriger les perceptions manifestement fausses de l'enfant, notamment en ce qui a trait à la faculté qu'aurait l'intimée de voler ainsi que le prétendu désir de cette dernière de tuer l'enfant. De plus, les jugements des tribunaux du Maryland ainsi que les témoignages des experts entendus à l'audience n'ayant pas établi que l'intimée a abusé sexuellement de l'enfant, le juge conclut que l'intimée ne risque de nuire à l'enfant ni psychologiquement ni physiquement. En conséquence, il rejette la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant et ordonne le retour de celle-ci aux États-Unis.

Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 2076 (les juges Vallerand, Brossard et Deschamps)

Le débat en Cour d'appel a porté sur trois questions principales: l'application des art. 3 et 4 de la Loi, l'interprétation de l'art. 20 de la Loi et son application aux faits de l'espèce.

En ce qui concerne l'application de la Loi, la cour est unanime à conclure que la Loi s'applique, même si l'admission des parties à cet égard ne saurait la lier. Considérant, d'une part, que l'entente entre les parties du 1^{er} février 1990 interdisait implicitement tout déplacement de l'enfant de nature à priver l'intimée de ses droits de visite et, d'autre part, que l'appelant n'avait plus qu'un droit de garde précaire en déménageant au Québec, la cour estime que l'intimée détenait un droit de garde au sens de la Loi lui permettant de réclamer

11

12

13

within the meaning of the Act which entitled her to claim the return of the child under s. 3 of the Act. To reach this conclusion, the court relied on an interpretation of the concept of custody that it described as [TRANSLATION] “large”.

le retour de l'enfant en vertu de l'art. 3 de la Loi. À cette fin, la cour s'appuie sur une interprétation de la notion de garde qu'elle qualifie de «large».

14 In concurring reasons, Brossard J.A. concluded that s. 4 of the Act was also applicable. In his view, since the removal of a child is a ground for reviewing a custody award, the motions pending in the Maryland courts when the child was removed were “proceedings for . . . modifying the rights of custody” of the appellant within the meaning of s. 4 of the Act. He also considered that the Maryland courts had retained jurisdiction to rule on the custody of the child and that the Act was applicable as a result of the “interim” custody granted to the respondent in the May 8, 1990 judgment of the Maryland Circuit Court, which rendered the retention of the child wrongful within the meaning of s. 3 of the Act.

Dans une opinion concordante, le juge Brossard estime, pour sa part, que l'art. 4 de la Loi trouve également application. Selon lui, puisque le déplacement d'un enfant constitue un motif permettant de réviser une attribution de la garde, il conclut que les requêtes pendantes devant les tribunaux du Maryland au moment du déplacement de l'enfant sont des procédures «visant [...] à modifier le droit de garde» de l'appelant, tel que l'entend l'art. 4 de la Loi. En outre, il considère que les tribunaux du Maryland ont conservé leur juridiction pour se prononcer sur la garde de l'enfant et que la garde «intérimaire» octroyée à l'intimée par le jugement du 8 mai 1990 de la Cour de circuit du Maryland déclenche l'application de la Loi en rendant le non-retour de l'enfant illicite au sens de l'art. 3 de la Loi.

15 On the merits of the case, namely the settlement of the child, the court unanimously held that the trial judge had not erred in interpreting s. 20 of the Act and applying it to the facts of the case. Its analysis of the evidence confirmed the judge's finding that the child suffered from serious emotional deprivation. The court also found that there was no danger of psychological trauma from the immediate return of the child to the United States even though one of the three expert witnesses disagreed in his testimony (which the trial judge did not take into account); its finding was based in particular on the fact that, according to the order for return, the child was to be placed in a neutral environment until the enforcement of the judgment. The appellant's appeal was accordingly dismissed.

Sur le fond du litige, soit l'intégration de l'enfant, la cour est unanime à reconnaître que le juge de première instance n'a commis aucune erreur quant à l'interprétation de l'art. 20 de la Loi et son application aux faits de l'espèce. Son analyse de la preuve confirme la conclusion du juge quant aux grandes carences psychologiques de l'enfant. La cour conclut également que le retour immédiat de l'enfant aux États-Unis ne posait pas de danger de traumatisme psychologique, même si l'un des trois experts qui a témoigné s'y opposait (témoignage dont le juge de première instance n'a pas tenu compte), particulièrement en raison du fait que l'ordonnance de retour prévoyait le placement de l'enfant en milieu neutre jusqu'à l'exécution du jugement. En conséquence, le pourvoi de l'appelant fut rejeté.

IV. Analysis

IV. Analyse

16 The main issue is whether, as the Superior Court and Court of Appeal held, the Act is applicable to the circumstances of the instant case. The concept

La principale question en litige consiste à déterminer si, comme l'ont décidé la Cour supérieure et la Cour d'appel, la Loi s'applique aux circons-

of custody under the Convention and the Act is crucial to resolving this issue.

At the outset, however, it is necessary to determine the effect of the admission of the parties that the Act applied as regards the jurisdiction of the Superior Court to entertain the case. It is well settled that a court is not bound by an admission of law, and this is especially true of an admission as to its jurisdiction: the parties cannot attribute jurisdiction to a court that it does not otherwise have (L. Ducharme, *Précis de la preuve* (4th ed. 1993), at p. 210). In the case at bar, the Superior Court clearly would not have had jurisdiction to hear and determine the case under the Act if the Act were inapplicable. Similarly, it could not, as s. 25 of the Act provides, have ruled on the merits of the custody of the child if the Act were applicable. A court may of its own motion raise its own lack of jurisdiction by reason of the subject matter at any stage of the case, even on appeal (art. 164 C.C.P.; *Messier v. Palomba*, [1992] R.D.J. 548 (C.A.)). This is an exception to the general rule that a new argument cannot be raised on appeal, not even on a question of law, unless all the evidence needed to determine it is already in the record (*Équipements Lefco Inc. v. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234 (C.A.); *Hamel v. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178 (C.A.); to the same effect: J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 54). As a result, the Court of Appeal was right to begin by considering the issue of whether the Act was applicable even though it had not been raised at trial.

On this point, the respondent argued that the absence at trial of specific evidence of the law of Maryland with regard to the nature of the parties' respective rights barred the Court of Appeal from reviewing the issue of whether the Act was applicable. Although no such evidence was adduced, I am nevertheless of the view that there is sufficient evidence in the record in order to decide the question. Among the nine Maryland court judgments included in the record, that of May 14, 1991 by the

tances de l'espèce et, à cet égard, le concept de garde au sens de la Convention et de la Loi est crucial.

Préliminairement, toutefois, il y a lieu de préciser l'effet de l'admission des parties, quant à l'application de la Loi, sur la juridiction de la Cour supérieure pour connaître du litige. Il est bien établi qu'une admission de droit ne lie pas un tribunal, particulièrement en ce qui a trait à sa juridiction: les parties ne sauraient lui attribuer une juridiction qu'il ne possède pas par ailleurs (L. Ducharme, *Précis de la preuve* (4^e éd. 1993), à la p. 210). En l'espèce, la Cour supérieure n'aurait évidemment pas eu juridiction pour trancher le litige en fonction de la Loi si celle-ci ne trouve pas application. De même, elle n'aurait pas pu, tel que le spécifie l'art. 25 de la Loi, se prononcer sur le fond de la garde de l'enfant si la Loi s'applique. Or, l'incompétence *ratione materiae* d'un tribunal peut être soulevée *proprio motu* par le tribunal lui-même en tout état de cause et ce, même en appel (art. 164 C.p.c.; *Messier c. Palomba*, [1992] R.D.J. 548 (C.A.)). Il s'agit-là d'une exception à la règle générale selon laquelle un nouvel argument ne peut être soulevé en appel, même sur une question de droit, à moins que toute la preuve pertinente à sa détermination ne se trouve déjà au dossier (*Équipements Lefco Inc. c. Roche Ltée*, [1993] R.D.J. 234 (C.A.); *Hamel c. Cie Trust Royal*, [1990] R.J.Q. 2178 (C.A.); au même effet: J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 54). Par conséquent, c'est avec raison que la Cour d'appel s'est penchée *in limine litis* sur la question de l'application de la Loi, même si cette question n'avait pas été soulevée en première instance.

À cet égard, l'intimée prétend que l'absence, en première instance, d'une preuve spécifique de la loi au Maryland, en ce qui a trait à la nature des droits respectifs des parties, faisait échec à un examen de la question de l'application de la Loi par la Cour d'appel. Quoique cette preuve n'ait pas été présentée, j'estime, néanmoins, qu'il existe une preuve suffisante au dossier pour décider de la question. En effet, des neuf jugements rendus par les tribunaux du Maryland faisant partie du dos-

17

18

Court of Special Appeals contains a discussion several pages long on the principles of law to be applied in Maryland in respect of the modification of a custody order after the custodial parent has removed the child. Furthermore, the whole of the proceedings instituted by the respondent in Maryland, which are also included in the record, provide an invaluable indication of the actual scope of the parties' respective rights.

19 Having said this, even assuming that the record is incomplete, in my view this is not fatal in the circumstances. Even if the foreign law is to be treated as a fact which, in theory, must be proved, where there is no such evidence courts will apply the law in force in Quebec (E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4th ed. 1990), at pp. 94-99; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at p. 588 (*per* La Forest J.)). Furthermore, it should be noted that s. 28 of the Act authorizes Quebec courts, on an exceptional basis, to take judicial notice of the content of the foreign law in ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention within the meaning of the Act. In addition, even in the absence of evidence, it would have been open to the Court of Appeal to use its power under art. 523 C.C.P. to receive indispensable new evidence in exceptional circumstances if the ends of justice so required (*Montana v. Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 S.C.R. 32, at p. 38 (*per* Pigeon J.)). Thus, the application of these rules would compensate for the absence of specific evidence in the record respecting the law of Maryland on this question.

20 This leads us to the issue of whether the Act is applicable to the circumstances of the instant case. This determination will depend on the definition of the concept of custody under the Convention and the Act.

sier, le jugement du 14 mai 1991 de la Cour des appels spéciaux contient un exposé de plusieurs pages sur les principes de droit applicables au Maryland en matière de modification d'une ordonnance de garde suite au déplacement d'un enfant par le parent gardien. De plus, l'ensemble des procédures entreprises par l'intimée au Maryland qui font également partie du dossier fournissent des indices précieux quant à la portée réelle des droits respectifs des parties.

Cela dit, même en admettant que le dossier soit incomplet, cette conclusion, à mon avis, n'est pas fatale dans les circonstances. En effet, même si le droit étranger est assimilé à un fait qui doit, en principe, être prouvé, à défaut d'une telle preuve le tribunal applique le droit en vigueur au Québec (E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4^e éd. 1990), aux pp. 94 à 99; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, à la p. 588 (le juge La Forest)). De plus, il faut noter l'art. 28 de la Loi qui permet exceptionnellement aux tribunaux québécois de prendre connaissance d'office de la teneur du droit étranger pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de la Loi. Par ailleurs, si tant est qu'il y ait eu absence de preuve, il aurait été loisible à la Cour d'appel d'user de son pouvoir, en vertu de l'art. 523 C.p.c., de recevoir une preuve nouvelle indispensable, en des circonstances exceptionnelles, si les fins de la justice le requièrent (*Montana c. Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S. 32, à la p. 38 (le juge Pigeon)). Ainsi, l'application de ces règles supplée à l'absence au dossier d'une preuve spécifique du droit au Maryland sur la question en débat.

Ceci nous amène à la question de savoir si la Loi s'applique aux circonstances de l'espèce. Cette détermination dépendra de la définition de la notion de garde au sens de la Convention et de la Loi.

I

Concept of Custody under the Convention and the Act

I

La notion de garde au sens de la Convention et de la Loi

1. The Convention

The fundamental objective of the Convention, as stated in its preamble, is “to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access”. According to Articles 3 and 12 of the Convention, the mandatory return procedure provided for in the Convention is set in motion only where a child has been removed or retained in breach of rights of custody. As for rights of access, Article 21 provides that the administrative organizations of the Central Authorities designated by the states parties to the Convention are responsible for securing respect therefor. For example, a parent prevented from exercising his or her rights of access due to the removal of a child, to Quebec or a designated state within the meaning of the Act, has a remedy of securing the organization or protection of those rights in accordance with the procedure laid down in ss. 31 and 32 of the Act. In “The Hague Convention on International Child Abduction” (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, at p. 555, A. E. Anton explained the rationale for the difference in the protection accorded to rights of custody and rights of access as follows:

It was felt not only that mandatory rules in the fluid field of access rights would be difficult to devise but, perhaps more importantly, that the effective exercise of access rights depends in the long run more upon the goodwill, or at least the restraint, of the parties than upon the existence of formal rules.

J. M. Eekelaar made a similar comment in “International Child Abduction by Parents” (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, at p. 315:

The reason for this is that disputes about access are notoriously difficult to unravel (it might be alleged that the absent parent was visiting very infrequently, or that the children disliked the visits), and to order the return of the children when such matters may well be in dispute is to provide too drastic a remedy.

1. La Convention

L'objectif fondamental de la Convention, énoncé à son préambule, est de «protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et [d']établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite». Selon les art. 3 et 12 de la Convention, seul le déplacement ou le non-retour d'un enfant ayant lieu en violation d'un droit de garde déclenche le mécanisme de retour obligatoire prévu par la Convention. Quant au droit de visite, la tâche d'en assurer le respect est laissée aux organismes administratifs des autorités centrales désignées par les États parties à la Convention, tel que le prévoit l'art. 21. Par exemple, le parent privé de l'exercice de son droit de visite suite au déplacement d'un enfant, au Québec ou dans un État désigné au sens de la Loi, dispose du recours pour en assurer l'organisation ou la protection selon la procédure établie aux art. 31 et 32 de la Loi. A. E. Anton, «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, à la p. 555, explique ainsi la raison d'être de la différence entre la protection accordée au droit de garde et celle accordée au droit de visite:

[TRADUCTION] On a cru non seulement qu'il serait difficile d'élaborer des règles obligatoires dans le domaine volatil des droits de visite, mais aussi — ce qui est peut-être encore plus important — que l'exercice réel du droit de visite dépend davantage à long terme de la bonne volonté, ou tout au moins de la modération, des parties que de l'existence de règles formelles.

Au même effet, J. M. Eekelaar, «International Child Abduction by Parents» (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, à la p. 315:

[TRADUCTION] La raison en est que les conflits relatifs au droit de visite sont notoirement difficiles à éclaircir (par exemple, on pourrait alléguer que les visites du parent absent étaient très irrégulières ou que les enfants n'aimaient pas les visites); ordonner le retour des enfants lorsque des questions de cette nature n'ont pas été réglées constitue une mesure trop draconienne.

22

Thus, the Convention makes a clear distinction between rights of access, which “include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence”, and custody rights, which are defined as “includ[ing] rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence”. As noted by Eekelaar, *supra*, at p. 309, what the Convention means by “rights of custody” must be determined independently of the domestic law of the jurisdictions to which it applies:

States may define the term ‘custody’ in whatever way they choose, but what is essential for determining their obligations under the convention is the definition used in the convention. This definition is open-ended in that it specifies rights of custody as including rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence (article 5). Such rights, by whatever name they might be called in a state’s domestic legal system, are ‘rights of custody’ for the purposes of the convention and are protected by it. [Emphasis added.]

As a result:

The key concepts which determine the scope of the Convention are not dependent for their meaning on any single legal system. Thus the expression “rights of custody”, for example, does not coincide with any particular concept of custody in a domestic law, but draws its meaning from the definitions, structure and purposes of the Convention.

(Hague Conference on Private International Law, *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (1993), at p. 16, quoted by V. Black and C. Jones, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 *C.F.L.Q.* 321, at p. 327.)

23

However, although the Convention adopts an original definition of rights of custody, the question of who holds the “rights relating to the care of the person of the child” or the “right to determine the child’s place of residence” within the meaning of the Convention is in principle determined in accordance with the law of the state of the child’s habitual place of residence (Black and Jones,

La Convention opère donc une distinction claire entre le droit de visite, qui «comprend le droit d’emmener l’enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle», et le droit de garde, défini comme «compre[n]ant le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». Ainsi que le rappelle Eekelaar, *loc. cit.*, à la p. 309, la détermination de ce que la Convention entend par «droit de garde» doit se faire indépendamment du droit interne des juridictions auxquelles elle s’applique:

[TRADUCTION] Les États peuvent définir le terme «garde» comme ils le veulent; cependant, c’est la définition utilisée dans la Convention qui sert essentiellement à déterminer les obligations qu’elle impose aux États. Cette définition n’a pas une portée déterminée, en ce qu’elle précise que le droit de garde comprend aussi le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (article 5). Ce droit, quel que soit le nom qu’on lui donne dans le régime interne d’un État, constitue «le droit de garde» aux fins de la convention et il est protégé par celle-ci. [Je souligne.]

Ainsi:

[TRADUCTION] L’interprétation des principaux concepts servant à déterminer la portée de la Convention ne se fonde pas sur un seul système juridique. Par exemple, l’expression «droit de garde» ne correspond pas à un concept particulier de la garde dans le droit interne d’un pays; il tire plutôt son sens des définitions, de la structure et des objets de la Convention.

(Conférence de La Haye de droit international privé, *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (1993), à la p. 16, cité par V. Black et C. Jones, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 12 *C.F.L.Q.* 321, à la p. 327.)

Si, toutefois, la Convention adopte une définition originale du droit de garde, la question de savoir qui détient le «droit portant sur les soins de la personne de l’enfant» ou encore «celui de décider de son lieu de résidence» au sens de la Convention est en principe déterminée selon la loi de l’État du lieu de résidence habituelle de l’enfant (Black et Jones, *loc. cit.*, à la p. 331; L. Silberman,

supra, at p. 331; L. Silberman, “Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis” (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9, at p. 18).

The Convention was analysed in detail in *Thomson*, in which its interpretation and application were raised in this Court for the first time. Since the decision of the Court of Appeal in the case at bar preceded that judgment, it is, I believe, appropriate to briefly recall its main holding.

2. *Thomson*

In *Thomson*, the child was removed from Scotland to Canada by his mother, who had interim custody pursuant to an order containing a prohibition against the child being taken out of Scotland. When the mother applied for custody in Manitoba, the father applied for the return of the child to Scotland under the Convention, as introduced into the law of Manitoba by means of the *Child Custody Enforcement Act*, R.S.M. 1987, c. C360. The Court was required to rule on, *inter alia*, the nature of the rights of custody provided for in the Convention, the effect of an order prohibiting the child’s removal that is included in an interim custody order, and the interrelationship between the Convention and the Manitoba legislation.

The Court clearly established that “the primary object of the Convention is the enforcement of custody rights” (emphasis in original) and as a consequence that the mandatory return procedure dictated by the Convention is limited to cases where the removal of a child is in violation of the custody rights — and not rights of access only — of a person, institution or other body (*Thomson, supra*, at pp. 579 and 581 (*per* La Forest J.)). As for the effect of including a restriction on removal of a child in an interim custody order, although the Court considered that such a restriction conferred rights of custody within the meaning of the Convention on the court with jurisdiction to render a final decision as to custody, it took care to state that the situation might be different if the removal of the child were prohibited by a clause in a per-

«Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis» (1994), 28 *Fam. L.Q.* 9, à la p. 18).

La Convention a fait l’objet d’une analyse détaillée dans l’arrêt *Thomson*, où se posait pour la première fois devant notre Cour la question de son interprétation et de son application. Comme la décision de la Cour d’appel en l’espèce est antérieure à cet arrêt, il m’apparaît utile de revenir brièvement sur ses grandes lignes.

2. L’arrêt *Thomson*

Dans cette affaire, l’enfant a été déplacé de l’Écosse au Canada par sa mère qui en avait la garde provisoire en vertu d’une ordonnance interdisant que l’enfant soit emmené hors de l’Écosse. À la demande de garde présentée par la mère au Manitoba, le père a réclamé le retour de l’enfant en Écosse en vertu de la Convention, telle qu’elle a été introduite en droit manitobain par l’entremise de la *Loi sur l’exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360. La Cour devait se prononcer, entre autres, sur la nature du droit de garde en vertu de la Convention, sur l’effet d’une ordonnance interdisant le déplacement de l’enfant assortissant une ordonnance de garde provisoire ainsi que sur la corrélation entre la Convention et la loi manitobaine.

La Cour a clairement établi que «l’objectif principal de la Convention est l’exécution du droit de garde» (souligné dans l’original) et, par conséquent, que le mécanisme de retour obligatoire prescrit par la Convention est limité aux cas où le déplacement d’un enfant viole le droit de garde — et non le simple droit de visite — d’une personne, d’une institution ou d’un autre organisme (*Thomson*, précité, aux pp. 579 et 581 (le juge La Forest)). Quant à l’effet d’une restriction au déplacement d’un enfant dont une ordonnance de garde provisoire est assortie, quoique la Cour ait estimé qu’une telle restriction conférait un droit de garde au sens de la Convention au tribunal compétent pour rendre une décision finale quant à la garde, elle a pris soin de préciser que la situation pouvait être différente si le déplacement de l’en-

24

25

26

manent custody order. According to *La Forest J.*, at pp. 589-90:

Such a clause raises quite different issues. It is usually intended to ensure permanent access to the non-custodial parent. The right of access is, of course, important but, as we have seen, it was not intended to be given the same level of protection by the Convention as custody. The return of a child in the care of a person having permanent custody will ordinarily be far more disruptive to the child since the child may be removed from its habitual place of residence long after the custody order was made. The situation also has serious implications for the mobility rights of the custodian. [Emphasis added.]

See also *Thomson, supra*, at pp. 606-7 (*per L'Heureux-Dubé J.*). However, the Court held that, in the specific case before it, the removal of the child was wrongful within the meaning of the Convention and, because it had not been demonstrated that the situation fit into any of the exceptions provided for therein, ordered that the child be returned to Scotland.

27

The issue of the relationship between the *Convention* and the *Child Custody Enforcement Act* arose because in Canada, the Convention has been implemented by the provinces, which, with the exception of Quebec, have incorporated it into their domestic law in its entirety through other legislation. As its name indicates, the Manitoba legislation deals primarily with the recognition and enforcement of custody orders made outside Manitoba. Although *La Forest J.*, writing for the majority on this subject, concluded that there was a dichotomy between the two systems, he nevertheless stated the following at p. 603:

... where the provisions of the Act are selected it may not be improper to look at the Convention in determining the attitude that should be taken by the courts, since the legislature's adoption of the Convention is indicative of the legislature's judgment that international child custody disputes are best resolved by returning the child to its habitual place of residence. ...

fant était interdit par une clause contenue dans une ordonnance de garde permanente. Selon le juge *La Forest*, aux pp. 589 et 590:

Une telle clause soulève des questions fort différentes. Elle est en général destinée à garantir un droit de visite permanent au parent qui n'a pas obtenu la garde. Le droit de visite est évidemment important mais, comme nous l'avons vu, on n'a pas voulu lui donner la même protection que la garde dans le cadre de la Convention. Le retour de l'enfant aux soins d'une personne ayant la garde permanente sera habituellement beaucoup plus perturbant pour l'enfant puisqu'il peut être déplacé de son lieu de résidence habituelle longtemps après que l'ordonnance de garde a été rendue. La situation entraîne également des répercussions graves à l'égard de la liberté de circulation et d'établissement du gardien. [Je souligne.]

Voir aussi *Thomson*, précité, aux pp. 606 et 607 (le juge *L'Heureux-Dubé*). Toutefois, la Cour a conclu que, dans le cas précis dont elle était saisie, le déplacement de l'enfant était illicite au sens de la Convention et, puisqu'il n'avait pas été démontré que la situation relevait de l'une des exceptions y prévues, le retour de l'enfant en Écosse fut ordonné.

La question du lien entre la Convention et la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* se posait en raison du fait qu'au Canada, la Convention a été mise en œuvre par les provinces qui, à l'exception du Québec, l'ont incorporée intégralement dans leur droit interne dans le cadre d'une autre loi. Comme son nom l'indique, la loi manitobaine traite principalement de la reconnaissance et l'exécution des ordonnances de garde rendues à l'extérieur du Manitoba. Bien que le juge *La Forest*, exprimant l'opinion majoritaire à ce sujet, conclue à la dichotomie des deux régimes, il affirme, néanmoins, à la p. 603:

Cependant, lorsqu'on invoque les dispositions de la *Loi*, il peut être justifié de se reporter à la Convention pour déterminer la ligne de conduite que les tribunaux devraient suivre puisque l'adoption de la Convention par le législateur indique qu'il est d'avis que la meilleure façon de résoudre les conflits internationaux sur la garde d'enfants est de retourner l'enfant dans son lieu de résidence habituelle. ...

Since the situation in Quebec can be distinguished from that in Manitoba in that the sole purpose of the Act is to give effect to the Convention even though it does not adopt the integral wording thereof, two independent systems cannot coexist in Quebec. On the contrary, the interdependence of the Convention and the Act is recognized both in the preamble to the Act, which states that "Québec subscribes to the principles and rules set forth in the Convention", and in s. 1 thereof, which states the common objects of the Act and the Convention. Furthermore, the Act adopts verbatim the Convention's definitions of rights of custody and rights of access. Thus, like the Convention, the Act, by authorizing the prompt return of children to the place of their habitual residence only if they are removed or retained in breach of custody rights, reserves a form of protection for custody rights distinct from that for rights of access. In my view, the interdependence of the Convention and the Act accordingly suggests an interpretation of ss. 3 and 4 of the Act that gives full effect to the object of the Convention while taking the guidelines set out in *Thomson* into account.

It is against this backdrop that the Act, and more specifically ss. 3 and 4 thereof, must now be interpreted in respect of the concept of custody.

3. The Act

As I mentioned previously, in Quebec it is the Act that gives effect to the Convention. The relevant provisions of the Act, which I will now discuss, are ss. 3 and 4.

(a) *Section 3*

According to s. 3 of the Act, quoted earlier — which reproduces almost verbatim Article 3 of the Convention as interpreted in *Thomson* — the removal or retention of a child is wrongful "where it is in breach of rights of custody". In light of the principle stated in *Thomson* as to the object of the mandatory return procedure established by the Convention, it is clear that s. 3 of the Act, in initiating that return procedure, is concerned exclu-

Comme la situation au Québec se distingue de celle du Manitoba en ce que la Loi a pour unique but de donner effet à la Convention, même si elle n'en adopte pas intégralement le texte, il ne peut pas co-exister deux régimes indépendants au Québec. Au contraire, l'interdépendance entre la Convention et la Loi est consacrée tant par le préambule de la Loi qui précise que «le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par cette Convention», que par son article premier qui pose les objectifs communs de la Loi et de la Convention. De plus, la Loi adopte telles quelles les définitions du droit de garde et du droit de visite prévues à la Convention. Ainsi, à l'image de la Convention, en ne permettant le retour immédiat d'un enfant au lieu de sa résidence habituelle que s'il est déplacé ou retenu en violation d'un droit de garde, la Loi réserve au droit de garde une protection distincte du droit de visite. À mon avis, l'interdépendance entre la Convention et la Loi invite donc à une interprétation des art. 3 et 4 de la Loi qui donne plein effet à l'objectif de la Convention, tout en tenant compte des jalons posés par l'arrêt *Thomson*.

C'est sur cette toile de fond qu'il s'agit maintenant d'interpréter la Loi et plus précisément ses art. 3 et 4 en ce qui concerne le concept de garde.

3. La Loi

Comme je l'ai mentionné précédemment, c'est la Loi qui, au Québec, entérine la Convention. Ce sont les art. 3 et 4 de la Loi qui sont ici pertinents et dont je vais traiter maintenant.

a) *L'article 3*

L'article 3 de la Loi déjà cité — qui reproduit à quelques modifications près l'art. 3 de la Convention tel qu'interprété par l'arrêt *Thomson* — qualifie d'illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant qui «a lieu en violation d'un droit de garde». À la lumière du principe dégagé par l'arrêt *Thomson* quant à l'objectif de la procédure de retour obligatoire mise en place par la Convention, il est clair que l'art. 3 de la Loi, en déclenchant

28

29

30

31

sively with the protection of rights of custody and not with compliance with rights of access.

cette procédure de retour, vise exclusivement la protection du droit de garde, et non le respect du droit de visite.

32 The Act's definition of rights of custody has two branches: "rights relating to the care of the person of the child" and "the right to determine the child's place of residence"; in some cases, these attributes of custody rights are susceptible to severance (Eekelaar, *supra*, at pp. 309-10; J. G. McLeod, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 R.F.L. (4th) 406, at pp. 408-9). For example, in *Thomson*, this Court held that the express prohibition on removing the child, that was included in the interim order giving custody to the mother, conferred on the court rights of custody within the meaning of the Convention, even though the order in question entrusted "rights relating to the care of the person of the child" to the mother on an interim basis.

Le droit de garde au sens de la Loi comprend deux volets: le «droit portant sur les soins de la personne de l'enfant» et «celui de décider de son lieu de résidence»; dans certains cas, ces attributs du droit de garde sont susceptibles d'être dissociés (Eekelaar, *loc. cit.*, aux pp. 309 et 310; J. G. McLeod, Case comment on *Thomson v. Thomson* (1994), 6 R.F.L. (4th) 406, aux pp. 408 et 409). Par exemple, dans l'affaire *Thomson*, notre Cour a jugé que l'interdiction expresse de déplacer l'enfant dont était assortie l'ordonnance provisoire de garde en faveur de la mère conférait au tribunal un droit de garde au sens de la Convention et cela, quoique cette ordonnance confiait provisoirement à la mère un «droit portant sur les soins de la personne de l'enfant».

33 In my view, the possibility of severing the right to determine the child's place of residence from rights of custody must be considered in light of the fundamental purpose of the Act: to prevent any person, including the non-custodial parent, regardless of whether he or she has rights of access, from removing or retaining a child, custody of whom has been awarded to one parent, to or in a place other than the child's habitual residence. From this perspective, the Act clearly suggests a large and liberal interpretation of the custody concept. More specifically, rights of custody within the meaning of the Act cannot be interpreted in a way that systematically prevents the custodial parent from exercising all the attributes of custody, in particular that of choosing the child's place of residence, but, on the contrary, must be interpreted in a way that protects their exercise. The comments of K. B. Farquhar in "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 5, at p. 15, shed an interesting light on this:

À mon avis, la possibilité d'amputer le droit de garde du droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant doit être envisagée à la lumière de l'objectif fondamental de la Loi: empêcher toute personne, y compris le parent non gardien détenteur ou non d'un droit de visite, de déplacer ou de retenir un enfant, dont un parent a obtenu la garde, dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle. Dans cette perspective, la Loi invite clairement à une interprétation large et libérale de la notion de garde. Plus précisément, le droit de garde au sens de la Loi ne saurait être interprété de manière à empêcher systématiquement le parent gardien d'exercer tous les attributs de la garde, et plus particulièrement celui du choix du lieu de résidence de l'enfant, mais au contraire il doit l'être de façon à en protéger l'exercice. À cet égard, les commentaires de K. B. Farquhar, «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983), 4 *Rev. can. d. fam.* 5, à la p. 15, jettent un éclairage intéressant:

As is to be expected in an international convention designed to apply to as many legal systems as possible, no attempt is made to define exhaustively the term "custody". Instead, Article 5(a) provides that the words "rights of custody" shall include "rights relating to the

[TRADUCTION] Comme il faut s'y attendre dans une convention internationale conçue pour s'appliquer au plus grand nombre de régimes juridiques possibles, il n'existe pas de définition exhaustive du terme «garde». L'alinéa 5a) prévoit plutôt que le «droit de garde» com-

care of the person of the child and in particular the right to determine the child's place of residence". This reveals that the term "custody" is used as an abbreviation for what the Convention is really trying to achieve — a system that will try to perpetuate continuity in environment for a child rather than maintain the legal concept of custody in all its various manifestations. [Emphasis added.]

Some authors have been critical of the fact that the Convention protects only custody rights, provided that they are awarded by a permanent order of custody, without regard to any circumstances suggesting that they are in reality unsettled (Black and Jones, *supra*, at pp. 329-31; McLeod, *supra*, at p. 409). According to Black and Jones, the recognition of custody rights within the meaning of the Convention — and consequently the protection of the exercise of the attributes thereof, such as the right to determine the child's place of residence — implies the demonstration of a certain stability regarding, *inter alia*, the exercise of rights of access. This criticism applies equally in respect of the Act, which is to the same effect as the Convention on this point.

For all practical purposes, what this interpretation of custody rights requires of a court in a jurisdiction other than that to which the child is to be returned, is a critical review of the merits of any custody issue, which is, in my view, inconsistent with the very philosophy of the Convention and the Act in that it tends not only to make the process of returning a child cumbersome and to slow it down, but also to fundamentally alter its nature.

The automatic return procedure implemented by the Act is ultimately intended to deter the abduction of children by depriving fugitive parents of any possibility of having their custody of the children recognized in the country of refuge and thereby legitimizing the situation for which they are responsible. To that end, the Act favours the restoration of the *status quo* as soon as possible after the removal of the child by enabling one party to force the other to submit to the jurisdiction of the court of the child's habitual place of residence for the purpose of arguing the merits of any custody issue. The Act, like the Convention,

prend «le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». Cela révèle que le terme «garde» résume en fait ce que la Convention tend réellement à réaliser — un système qui tentera de perpétuer la continuité de l'environnement de l'enfant plutôt que de maintenir le concept juridique de la garde dans toutes ses diverses acceptions. [Je souligne.]

Certains auteurs ont critiqué le fait que la Convention protège uniquement le droit de garde, pourvu qu'il soit octroyé par une ordonnance de garde permanente, indépendamment des circonstances qui pourraient en dénoter la précarité dans les faits (Black et Jones, *loc. cit.*, aux pp. 329 à 331; McLeod, *loc. cit.*, à la p. 409). Selon Black et Jones, la reconnaissance d'un droit de garde au sens de la Convention — et par conséquent la protection de l'exercice de ses attributs tel que le droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant — suppose la démonstration d'une certaine stabilité en ce qui a trait, notamment, à l'exercice du droit de visite. Cette critique vaut également à l'égard de la Loi qui est au même effet que la Convention à cet égard.

À toutes fins pratiques, cette interprétation du droit de garde requiert de la part du tribunal d'une juridiction autre que celle à laquelle l'enfant doit être retourné un examen critique du fond du droit de garde, ce qui, à mon avis, est incompatible avec la philosophie même de la Convention et de la Loi en ce qu'elle tend non seulement à alourdir et à retarder le processus de retour d'un enfant, mais aussi à en altérer fondamentalement la nature.

Le mécanisme de retour automatique mis en place par la Loi vise ultimement à dissuader les enlèvements d'enfants en privant le parent fugitif de toute possibilité de se faire reconnaître la garde de l'enfant dans l'État de refuge et ainsi de légitimer la situation qu'il a créée. À cette fin, la Loi facilite le rétablissement du statu quo aussi promptement que possible suite au déplacement de l'enfant en permettant à une partie de forcer l'autre à se soumettre à la juridiction du tribunal du lieu de résidence habituelle de l'enfant pour un débat sur le fond du droit de garde. La Loi, comme la Convention, présume que l'intérêt des enfants illicite-

34

35

36

presumes that the interests of children who have been wrongfully removed are ordinarily better served by immediately repatriating them to their original jurisdiction, where the merits of custody should have been determined before their removal. Once that determination has been made, the Convention and the Act give full effect thereto by protecting custody rights through the mandatory return process. See generally R. Schuz, "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law" (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771, at pp. 775-76; Farquhar, *supra*, at p. 10; Anton, *supra*, at pp. 542-43.

37 Thus, the Convention and the Act represent a compromise between the flexibility derived from reviewing each situation on its merits and the effectiveness needed to deter international child abduction, which depends in particular on the rapidity of the return procedure. As s. 30 of the Act provides, "[a] decision under this Act concerning the return of a child shall not be taken to be a determination on the merits of any custody issue". According to s. 20 of the Act, when a court finds that there has been a wrongful removal within the meaning of s. 3 or 4 of the Act, it must automatically order the return of the child unless the person who opposes that return can prove that the situation falls within one of the exceptions provided for therein, such as the settlement of the child in his or her new environment. From this perspective, those exceptions, which recognize that an order for return can, in certain circumstances, be contrary to the interests of the child, have generally been interpreted narrowly (Silberman, *supra*, at pp. 25-31). At the procedural level, the expeditiousness of proceedings for the return of a child is ensured, *inter alia*, by s. 19 of the Act, which provides that they take precedence over all other matters as provided in art. 861 *C.C.P.* for *habeas corpus* proceedings. It should also be noted that s. 27 of the Act requires the Minister of Justice to indicate the reasons for a failure by the Superior Court to reach a decision within six weeks from the filing of an application for the return of a child.

38 In summary, the application of the Act is triggered under s. 3 where a child is removed or

ment déplacés est généralement mieux servi par un rapatriement immédiat à leur juridiction d'origine où une détermination sur le fond de la garde aurait dû avoir lieu avant leur déplacement. Une fois cette détermination faite, toutefois, la Convention et la Loi lui donnent plein effet en protégeant le droit de garde par l'entremise du processus de retour obligatoire. Voir généralement R. Schuz, «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law» (1995), 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 771, aux pp. 775 et 776; Farquhar, *loc. cit.*, à la p. 10; Anton, *loc. cit.*, aux pp. 542 et 543.

La Convention et la Loi représentent donc un compromis entre la flexibilité que permet un examen au fond de chaque situation et l'efficacité nécessaire pour dissuader l'enlèvement international d'enfants, qui dépend notamment de la rapidité de la procédure de retour. Ainsi, tel que le précise l'art. 30 de la Loi, «[u]ne décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la présente loi n'affecte pas le fond du droit de garde». Selon l'art. 20 de la Loi, dès que le tribunal constate qu'il y a un déplacement illicite au sens des art. 3 ou 4 de la Loi, le retour de l'enfant est automatiquement ordonné, sauf dans la mesure où celui qui s'y oppose réussit à faire la preuve de l'une des exceptions y prévues, telle l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu. Dans cette perspective, ces exceptions, qui reconnaissent que l'intérêt des enfants peut s'opposer à une ordonnance de retour en certaines circonstances, ont généralement été interprétées de façon restrictive (Silberman, *loc. cit.*, aux pp. 25 à 31). Sur le plan procédural, la célérité d'une demande relative au retour d'un enfant est assurée notamment par l'art. 19 de la Loi qui lui octroie la préséance prévue à l'art. 861 *C.p.c.* en matière d'*habeas corpus*. Il faut également noter que l'art. 27 de la Loi oblige le ministre de la Justice à justifier le défaut de la Cour supérieure de rendre jugement dans les six semaines du dépôt d'une demande relative au retour d'un enfant.

En résumé, l'art. 3 déclenche l'application de la Loi lorsque le déplacement ou le non-retour d'un

retained in breach of rights of custody within the meaning of the Act, as opposed to rights of access only. Although it is true that an interim custody order combined with an order restricting the removal of a child might temporarily deprive the person awarded custody of the right to determine the child's place of residence by making any removal of the child wrongful within the meaning of s. 3 of the Act, aside from this exception, the large and liberal interpretation to be given to the concept of custody under the Act is not affected. A narrow reading would contradict the very object of the Act, namely to protect rights of custody and the exercise of the attributes thereof, including the choice of the child's place of residence. Since the foundation of the Act is the rapidity of the mandatory return process and the principle that the merits of issues related to the custody of children who have been wrongfully removed or retained are to be determined by the courts of their habitual place of residence, the very philosophy of the Act militates against bringing the unsettled factual basis of a custody order into play at this stage of the exercise. Section 4 of the Act meets those objections, however.

(b) *Section 4*

While s. 3 of the Act is based on the wording of the Convention, s. 4 represents an original initiative by the Quebec legislature. I reproduce s. 4 again for the sake of convenience:

4. In addition to the cases contemplated in section 3, the removal or the retention of a child is considered wrongful if it occurs when proceedings for determining or modifying the rights of custody have been introduced in Québec or in the designated State where the child was habitually resident and the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered.

In addition to cases of wrongful removal or retention within the meaning of s. 3 of the Act, it can be seen that s. 4 corresponds exactly to the objective of the Convention, namely protection of the right of custody, by making it possible to order the return of a child whose removal or retention "occurs when proceedings for determining or modifying the rights of custody have been intro-

enfant a lieu en violation d'un droit de garde au sens de la Loi, par opposition à un simple droit de visite. S'il est vrai qu'une ordonnance provisoire de garde assortie d'une ordonnance restreignant le déplacement d'un enfant peut priver temporairement la personne à qui la garde a été confiée du droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant, rendant tout déplacement de l'enfant illicite au sens de l'art. 3 de la Loi, à cette exception près, cependant, l'interprétation large et libérale que doit recevoir la notion de garde au sens de la Loi ne s'en trouve en rien affectée. Une interprétation restrictive aurait pour effet d'aller à l'encontre de l'objectif même de la Loi, c'est-à-dire protéger le droit de garde et l'exercice de ses attributs, dont le choix du lieu de résidence de l'enfant. La Loi étant fondée sur la rapidité du processus de retour obligatoire et sur le principe que le fond du droit de garde des enfants illicitement déplacés ou retenus doit être déterminé par les tribunaux du lieu de leur résidence habituelle, la philosophie même de la Loi s'oppose à ce que la précarité factuelle d'une ordonnance de garde entre en jeu à ce stade de l'exercice. L'article 4 de la Loi, par contre, rencontre ces objections.

b) *L'article 4*

Alors que l'art. 3 de la Loi s'inspire textuellement de la Convention, l'art. 4 représente une initiative originale du législateur québécois. Par souci de commodité, je rappelle le texte de l'art. 4:

4. Outre les cas prévus à l'article 3, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite s'il se produit alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite au Québec ou dans l'État désigné où l'enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue.

Outre les cas de déplacements ou de non-retour illicites au sens de l'art. 3 de la Loi, l'art. 4, comme on peut le constater, répond précisément à l'objectif de la Convention, soit la protection du droit de garde, en permettant d'ordonner le retour d'un enfant dont le déplacement ou le non-retour «se produit alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite

duced in Québec or in the designated State where the child was habitually resident and the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered". It is thus necessary to consider the interaction between ss. 3 and 4 of the Act as well as the common objective of the Convention and the Act in order to obtain a clearer idea of the scope of s. 4.

40 In my view, s. 4 merely expands the concept of "wrongful removal"; it does not broaden the Act's definition of rights of custody. Under s. 4, a party who may be awarded rights of custody within the meaning of the Act can apply for the child's return even if the child is removed before the court's decision is rendered. In this way, by taking account of the fact that custody rights obviously become unsettled when the right to apply for a modification thereof has been exercised, s. 4 ensures that the execution of the custody order that is eventually made will not be frustrated by the untimely removal of the child.

41 The respondent objected to this concept of custody rights under both ss. 3 and 4 of the Act.

42 The respondent made two arguments in support of her claim that, in Maryland, she had rights of custody within the meaning of the Act, making the child's removal wrongful under s. 3 of the Act. Although the respondent acknowledged that the appellant was awarded custody rights in Maryland that were *a priori* permanent, she asked this Court to consider the unsettled nature of those rights in the factual context of the case at bar. According to the respondent, the fact that the appellant removed the child without telling her or obtaining her consent automatically conferred rights of custody within the meaning of the Act on the Maryland courts, since the removal was a circumstance that might permit the custody order to be reviewed under both Maryland and Quebec law. In the alternative, the respondent argued that she had an implicit right to oppose the child's removal that was equivalent to rights of custody within the meaning of the Act. These two submissions basically reflect the Court of Appeal's interpretation of

au Québec ou dans l'État désigné où l'enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue». La portée de l'art. 4 doit donc être précisée plus avant à la lumière de l'interaction entre les art. 3 et 4 de la Loi et de l'objectif commun à la Convention et à la Loi.

L'article 4, à mon avis, ne fait qu'élargir le concept de «déplacement illicite», et non la définition du droit de garde au sens de la Loi. En vertu de l'art. 4, une partie qui est susceptible de se voir attribuer un droit de garde tel que l'entend la Loi peut réclamer le retour de l'enfant, même si le déplacement de l'enfant s'est produit avant que la décision du tribunal ne soit rendue. De cette façon, en tenant compte de la précarité manifeste d'un droit de garde lorsque le droit d'en demander la modification a effectivement été exercé, l'art. 4 assure que l'exécution de l'ordonnance de garde qui sera éventuellement rendue ne sera pas frustrée par un déplacement intempestif de l'enfant.

C'est à cette conception du droit de garde que s'objecte l'intimée tant en vertu de l'art. 3 que de l'art. 4 de la Loi.

L'intimée fait valoir deux arguments au soutien de sa prétention selon laquelle elle détenait, au Maryland, un droit de garde au sens de la Loi, rendant le déplacement de l'enfant illicite en vertu de l'art. 3 de la Loi. Bien que l'intimée reconnaisse qu'un droit de garde *a priori* définitif ait été attribué à l'appelant au Maryland, elle nous invite à considérer sa précarité dans le contexte factuel de l'espèce. Selon l'intimée, le fait pour l'appelant de déplacer l'enfant sans la prévenir ni obtenir son accord confère automatiquement un droit de garde au sens de la Loi aux tribunaux du Maryland puisque ce déplacement constitue une circonstance susceptible de permettre une révision de l'ordonnance de garde, tant en vertu du droit du Maryland que du droit québécois. Subsidiairement, l'intimée prétend qu'elle détenait un droit implicite de s'opposer au déplacement de l'enfant équivalant à un droit de garde au sens de la Loi. Ces deux propositions reflètent essentiellement l'interprétation que la Cour d'appel a donnée à la notion de garde au

the concept of custody under the Act in the case at bar and must, in my opinion, be rejected.

While the Court of Appeal described its interpretation of the concept of custody as [TRANSLATION] “large”, it actually adopted a very narrow interpretation in order to find that, although the respondent had only access rights, she had rights of custody within the meaning of the Act when the child was removed. By confusing, for all practical purposes, the concepts of custody rights and access rights, this interpretation amounts to saying that any removal of a child without the consent of the parent having access rights could set in motion the mandatory return procedure provided for in the Act and thus indirectly afford the same protection to access rights as is afforded to custody rights. In this regard, it is interesting to note the comments of Anton, *supra*, at p. 546, who seemed to exclude this possibility:

It is clear also from the definitions of custody and access in Article 5 that the removal or retention of a child in breach merely of access rights would not be a wrongful removal or retention in the sense of Article 3. It is less clear, but the definition of “rights of custody” in Article 5 at least suggests, that the breach of a right simply to give or to withhold consent to changes in a child’s place of residence is not to be construed as a breach of rights of custody in the sense of Article 3. A suggestion that the definition of “abduction” should be widened to cover this case was not pursued. [Emphasis added.]

It could, of course, be argued that an award of custody rights is never permanent because of the changeability over time of each of the circumstances relating to the child that may affect his or her best interests. Thus, the removal of a child from one country to another is undoubtedly a significant change in that child’s situation and may justify an application for a review of the award in certain circumstances. However, this does not mean that the courts in the child’s original jurisdiction automatically have rights of custody within the meaning of the Act following that removal. Accepting such a submission would amount to saying that all custody is unsettled and that every

sens de la Loi en l’espèce et, à mon avis, doivent être rejetées.

Bien qu’elle la qualifie de «large», la Cour d’appel adopte en fait une interprétation extrêmement restrictive de la notion de garde pour conclure que l’intimée, bien que détentrice de simples droits de visite, détenait un droit de garde au sens de la Loi au moment du déplacement de l’enfant. En confondant, à toutes fins pratiques, les concepts de droit de garde et de droit de visite, cette interprétation revient à dire que tout déplacement de l’enfant fait sans le consentement du parent détenteur d’un droit de visite pourrait déclencher le mécanisme de retour obligatoire prévu à la Loi et ainsi conférer indirectement au droit de visite une protection équivalente à celle du droit de garde. À ce sujet, il est intéressant de noter les commentaires d’Anton, *loc. cit.*, à la p. 546, qui semblent précisément exclure cette possibilité:

[TRADUCTION] Il ressort également des définitions des droits de garde et de visite à l’article 5 que le déplacement ou le non-retour d’un enfant en contravention du droit de visite seulement ne serait pas un déplacement ou un non-retour illicites au sens de l’article 3. Il est moins évident, mais la définition de l’expression «droit de garde» à l’article 5 le laisse au moins entendre, que la violation d’un droit consistant simplement à consentir ou à refuser un changement du lieu de résidence d’un enfant ne doit pas être interprété comme une violation du droit de garde au sens de l’article 3. Il n’a pas été donné suite à une suggestion visant à élargir la définition du terme «enlèvement» pour prévoir ce cas. [Je souligne.]

On pourrait, certes, affirmer que l’attribution d’un droit de garde n’est jamais définitive en raison de la fluidité dans le temps de chacune des circonstances afférentes à l’enfant susceptibles d’influer sur son meilleur intérêt. Ainsi, le déplacement d’un enfant d’un pays à un autre constitue sans aucun doute un changement important dans la situation de cet enfant et pourra justifier une demande de révision de cette attribution dans certaines circonstances. Il ne s’ensuit pas, cependant, que les tribunaux de la juridiction d’origine de l’enfant soient automatiquement investis d’un droit de garde au sens de la Loi suite à ce déplacement. Accepter une telle proposition équivaldrait à dire

time a custodial parent removes a child there might be a wrongful removal within the meaning of the Act. In my view, that is not the purpose of the Act, especially since the relevance of the unsettled nature of custody rights is clearly limited by s. 4 of the Act, which is directed to the specific situation in which proceedings for modifying those rights have actually been introduced when the child is removed.

45 I would also reject the respondent's alternative argument that the custody order made in the appellant's favour in Maryland implicitly included a prohibition on removing the child, thereby granting the respondent rights of custody within the meaning of the Act, and that the source of this prohibition is Maryland law, Quebec law, the judgments already rendered by the Maryland courts or the proceedings pending there. This argument flows from the first in that it also incorrectly equates custody rights in the strict sense with the right to apply for a modification of custody rights after the child is removed.

46 An examination of the Court of Special Appeals' judgment on May 14, 1991 shows that Maryland law reflects the principles applicable in Quebec with respect to the custodial parent's power to choose the child's place of residence. When the custodial parent unilaterally moves the child, this does not automatically result in a modification of the custody order. However, such a move may justify a review of that order if the parent objecting to it shows that there has been a "substantial change of circumstances" affecting the child's interests to such an extent as to justify the court's intervention. Thus, as is the case in Quebec, Maryland law recognizes that the custodial parent's decision-making power includes the choice of the child's place of residence, subject to the non-custodial parent's right to object to that choice if he or she considers it contrary to the child's interests.

47 Moreover, although *Thomson* did not determine whether an implicit restriction on removing a child under a court order or statute confers rights of custody within the meaning of the Act on either the

que toute garde est précaire et, à ce titre, chaque fois qu'un parent gardien déplacerait l'enfant, il pourrait y avoir déplacement illicite au sens de la Loi. Tel n'est pas, à mon avis, le but que poursuit la Loi, d'autant plus que la pertinence de la précarité d'un droit de garde est clairement circonscrite par l'art. 4 de la Loi qui vise la situation précise où il existe effectivement une instance visant à le faire modifier au moment du déplacement de l'enfant.

Je rejetterais également l'argument subsidiaire de l'intimée selon lequel l'ordonnance de garde rendue au Maryland en faveur de l'appelant comportait implicitement une interdiction de déplacer l'enfant, conférant ainsi à l'intimée un droit de garde au sens de la Loi, que cette interdiction tire sa source du droit du Maryland, du droit du Québec, des jugements déjà rendus par les tribunaux du Maryland ou encore des procédures qui y sont en cours. Cet argument découle du premier en ce qu'il adopte aussi l'adéquation fallacieuse entre le droit de garde proprement dit et le droit de demander une modification du droit de garde suite au déplacement de l'enfant.

Au vu du jugement du 14 mai 1991 de la Cour des appels spéciaux, le droit du Maryland reflète les principes applicables au Québec en ce qui a trait au pouvoir du parent gardien de choisir le lieu de résidence de l'enfant. En effet, le déménagement unilatéral de l'enfant par le parent gardien n'entraîne pas automatiquement une modification de l'ordonnance de garde. Cependant, un tel déménagement est susceptible de justifier une révision de cette ordonnance si le parent qui s'y oppose démontre un [TRADUCTION] «changement important de circonstances» qui affecte l'intérêt de l'enfant au point de justifier l'intervention du tribunal. Ainsi, comme c'est le cas au Québec, le droit du Maryland reconnaît que le pouvoir décisionnel du parent gardien emporte le choix du lieu de résidence de l'enfant, sous réserve de la faculté du parent non gardien de s'opposer à ce choix s'il lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant.

Qui plus est, quoique l'arrêt *Thomson* n'ait pas réglé la question de savoir si une restriction implicite au déplacement d'un enfant en vertu d'une ordonnance du tribunal ou de la loi confère un

court or the non-custodial parent, this Court's limitation of the effect of an express non-removal clause in a permanent custody order casts serious doubt on the validity of the respondent's argument.

The respondent is also asking this Court to depart from the literal meaning of the words "proceedings for . . . modifying the rights of custody" in s. 4 of the Act so as to include therein any proceedings for modifying access rights, on the basis that any modification of access rights, which are a component of custody rights, affects and limits custody rights accordingly. In my view, this interpretation must be rejected since it does not take into account the interaction between ss. 3 and 4 or the common objective of the Convention and the Act. As I stated above, only custody rights are protected by the mandatory return procedure provided for in the Act and s. 4 expands only the Act's concept of "wrongful removal", not that of "custody". The effect of the interpretation suggested by the respondent would be to afford the same protection to any access rights that are the subject of court proceedings as is afforded to custody rights. In my opinion, neither the purpose nor the letter of s. 4 supports compromising in this manner the distinction made by the Act between custody rights and access rights. Moreover, an acknowledgment that s. 4 of the Act extends the scope of the Convention in this way would fail to take account of the common objective of the Act and the Convention calling for the two documents to be interpreted consistently with each other.

Having disposed of this aspect of the proceedings, it must now be decided whether the Act is applicable to the circumstances of this case as the trial judge and the Court of Appeal found.

4. Application to the Case at Bar

The child was removed from Maryland to Michigan in November 1989 and from Michigan to Quebec on February 13, 1990. On the latter date, the most recent decision concerning the child's custody was that rendered by the Circuit Court of Maryland on September 29, 1988

droit de garde au sens de la Loi à ce tribunal ou au parent non gardien, la validité du raisonnement de l'intimée est sérieusement mise en doute par le bémol apporté par la Cour quant à l'effet d'une interdiction expresse de déplacer l'enfant dont une ordonnance de garde permanente est assortie.

L'intimée nous invite aussi à nous éloigner du sens littéral de l'expression «instance visant [. . .] à modifier le droit de garde» à l'art. 4 de la Loi de manière à y inclure toute procédure visant à modifier le droit de visite, puisque toute modification du droit de visite, en tant que démembrement du droit de garde, affecte le droit de garde et le circonscrit d'autant. À mon avis, cette interprétation doit être rejetée, car elle ne tient compte ni de l'interaction entre les art. 3 et 4, ni de l'objectif commun à la Convention et à la Loi. Comme je l'ai mentionné précédemment, seul le droit de garde est protégé par le mécanisme de retour obligatoire prévu par la Loi et l'art. 4 ne fait qu'élargir le concept de «déplacement illicite» au sens de la Loi, et non la notion de garde au sens de la Loi. Or, l'interprétation proposée par l'intimée aurait pour effet de conférer à tout droit de visite faisant l'objet d'un litige devant les tribunaux une protection équivalente à celle du droit de garde. À mon avis, ni le but ni la lettre de l'art. 4 ne supportent un tel accroc à la distinction que fait la Loi entre le droit de garde et le droit de visite. De plus, admettre que l'art. 4 de la Loi étende ainsi la portée de la Convention ne tient pas compte de l'objectif commun de la Loi et de la Convention qui invite à une interprétation harmonieuse de ces dernières.

Ayant disposé de cet aspect du litige, il y a lieu maintenant de décider si la Loi s'applique aux circonstances de cette affaire comme l'ont conclu le juge de première instance et la Cour d'appel.

4. Application à l'espèce

Le déplacement de l'enfant du Maryland au Michigan a eu lieu en novembre 1989 et le déplacement du Michigan au Québec le 13 février 1990. À cette dernière date, la décision la plus récente rendue relativement à la garde de l'enfant était celle du 29 septembre 1988 de la Cour de circuit

48

49

50

(affirmed by the Maryland Court of Special Appeals on November 8, 1989) awarding the appellant permanent custody of the child and the respondent supervised access rights. The motions made by the respondent in Maryland on December 15, 1989, which concerned only the enforcement, modification and expansion of her access rights, had not yet been ruled on and the appellant, at that time, was in Michigan with the child. However, under the agreement of February 1, 1990, a schedule of supervised visits had been established and the appellant had agreed to have the child undergo a psychiatric evaluation in Michigan to be filed as evidence when the respondent's motions were heard. Although the appellant did disregard that agreement when he left Michigan for Quebec on February 13, 1990, he did have permanent custody of the child without any restriction as to her removal.

51 In light of the concept of custody under the Act, the child's removal was therefore not wrongful within the meaning of s. 3 of the Act. Nor can the situation be described as a "wrongful retention" within the meaning of that section. On this point, I will simply refer to the comments of La Forest J. in *Thomson, supra*, at pp. 592-93, where he found that the *ex parte* custody order obtained by the father in Scotland in that case following the child's removal did not confer custody rights on him that made the child's retention in Manitoba wrongful:

There is nothing in the Convention requiring the recognition of an *ex post facto* custody order of foreign jurisdictions. . . . "[W]rongful retention" . . . does not contemplate a retention becoming wrongful only after the issuance of a "chasing order" . . .

To paraphrase, a wrongful retention begins from the moment of the expiration of the period of access, where the original removal was with the consent of the rightful custodian of the child.

52 As for the proceedings pending when the child was removed, since they related solely to the respondent's access rights and not the appellant's custody rights, it must be concluded that s. 4 does not apply either. In this respect, the fact that the

du Maryland (confirmée par la Cour des appels spéciaux du Maryland le 8 novembre 1989) par laquelle la garde permanente de l'enfant était confiée à l'appelant et des droits de visite supervisée octroyés à l'intimée. Les requêtes présentées par l'intimée au Maryland le 15 décembre 1989 visant uniquement le respect, la modification et l'augmentation de ses droits de visite n'avaient pas encore été adjugées et l'appelant se trouvait alors au Michigan avec l'enfant. Cependant, dans le cadre de l'entente du 1^{er} février 1990, un horaire de visites supervisées avait été établi et l'appelant s'était engagé à faire subir à l'enfant une évaluation psychiatrique au Michigan en vue de la preuve à être soumise à l'audition des requêtes de l'intimée. Le 13 février 1990, bien que l'appelant ait quitté le Michigan pour le Québec au mépris de cette entente, il avait la garde permanente de l'enfant sans restriction aucune relativement au déplacement de l'enfant.

À la lumière de la notion de garde selon la Loi, le déplacement de l'enfant n'était donc pas illicite au sens de l'art. 3 de la Loi. La situation ne se qualifie pas non plus de «non-retour illicite» au sens de cet article. Sur ce point, je réfère simplement aux propos du juge La Forest dans l'affaire *Thomson*, précitée, aux pp. 592 et 593, où il conclut que, dans cette affaire, l'ordonnance de garde obtenue *ex parte* en Écosse par le père suite au déplacement de l'enfant ne lui conférait pas un droit de garde rendant illicite la rétention de l'enfant au Manitoba:

Rien dans la Convention n'exige la reconnaissance d'une ordonnance de garde rendue *ex post facto* dans un autre ressort. [. . .] [L]e non-retour ne devient pas illicite uniquement après qu'une «ordonnance de retour» est rendue . . .

En d'autres termes, le non-retour sera illicite dès l'expiration de la période de visite, lorsque le déplacement original a été autorisé par le gardien légal de l'enfant.

Quant aux procédures pendantes à la date du déplacement de l'enfant, puisqu'elles ne visaient que les droits de visite de l'intimée et non le droit de garde de l'appelant, force est de conclure que l'art. 4 ne trouve pas non plus application. À cet

respondent applied only for a modification of her access rights when the child was removed from Maryland to Michigan suggests that the appellant's custody rights were neither disputed nor unsettled. Moreover, the child was already living in Michigan at that time, and the distance between Maryland and Michigan is considerable even if it is less than the distance between Maryland and Quebec. In addition, the respondent admitted that it was only at the court's suggestion that she filed a petition to modify custody. In these circumstances, the respondent's arguments must be rejected.

5. Conclusion

Neither s. 3 nor s. 4 of the Act are applicable since the appellant had custody of the child within the meaning of the Act when she was removed and no proceedings for modifying that custody had been introduced. It follows that the trial judge had no jurisdiction to hear the appellant's motion for custody of the child under the Act and the Court of Appeal was, therefore, wrong to follow the trial judge on this issue.

II

Jurisdiction of the Superior Court and the Concept of Custody under the Civil Code of Québec

Having said this, the question that arises is whether the Superior Court of Quebec had jurisdiction to hear the appellant's motion for custody of the child under Quebec civil law. If so, the concept of custody within the meaning of the *Civil Code of Québec* will determine whether the trial judge was entitled to dismiss the appellant's motion and whether, in doing so, he took into account the child's best interests.

1. Jurisdiction of the Superior Court of Quebec

Article 70 *C.C.P.* makes the domicile of either of the parties the connecting factor for establishing the jurisdiction of Quebec courts to hear applications in family cases, including child custody cases (Groffier, *supra*, at p. 271). If recourse must be had

égard, le fait que l'intimée, face au déplacement de l'enfant du Maryland au Michigan, n'ait demandé que la modification de ses droits de visite, tend à démontrer que le droit de garde de l'appellant n'était ni contesté, ni précaire. En outre, l'enfant résidait déjà au Michigan à cette époque: la distance entre le Maryland et le Michigan est appréciable même si elle est moindre que celle qui sépare le Maryland du Québec. De plus, l'intimée a admis que ce n'est que suite à la suggestion du tribunal qu'elle a déposé une requête pour changement de garde. Dans ces circonstances, les prétentions de l'intimée doivent être rejetées.

5. Conclusion

La Loi ne trouvant application en vertu ni de l'art. 3 ni de l'art. 4, puisqu'au moment du déplacement de l'enfant l'appellant en avait la garde au sens de la Loi et qu'il n'existait alors aucune instance visant à la faire modifier, il s'ensuit que le juge de première instance n'avait pas juridiction pour se saisir de la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant par application de la Loi et la Cour d'appel a donc eu tort de le suivre sur ce terrain.

II

La compétence de la Cour supérieure et la notion de garde au sens du Code civil du Québec

Ceci dit, se pose la question de la compétence de la Cour supérieure du Québec de se saisir de la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant en vertu du droit civil québécois. Dans l'affirmative, la notion de garde au sens du *Code civil du Québec* déterminera si le juge de première instance était en droit de rejeter la requête de l'appellant et si, ce faisant, il a tenu compte du meilleur intérêt de l'enfant.

1. La compétence de la Cour supérieure du Québec

L'article 70 *C.p.c.* fait du domicile de l'une ou l'autre des parties le critère de rattachement de la compétence des tribunaux québécois pour se saisir de demandes en matière familiale, dont la garde d'un enfant (Groffier, *op. cit.*, à la p. 271). Si tant

53

54

55

to the Quebec conflict of jurisdictions rules applicable at the time, it is recognized that Quebec courts have jurisdiction to rule on child custody once the child is domiciled, resident or physically present in Quebec or the person who has control of the child resides in Quebec (J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), at pp. 243-45; but see art. 3142 C.C.Q.).

56 The concept of domicile and the requirements for a change of domicile are defined in the *Civil Code of Lower Canada*, which was in force at the time of the relevant facts. According to arts. 79 and 83 C.C.L.C. respectively (now arts. 75 and 80 C.C.Q.), the domicile of a person is "at the place where he has his principal establishment" and that of a "minor whose custody has been the subject of a judicial decision . . . with the person who has custody of him". Moreover, art. 80 C.C.L.C. (now art. 76 C.C.Q.) provides that "[c]hange of domicile is effected by actual residence in another place, coupled with the intention of the person to make it the seat of his principal establishment".

57 The appellant moved from Michigan to Quebec on February 13, 1990, evidently with the intention of establishing himself and the child there near his sister, who already lived there. This intention is clear, *inter alia*, from the fact that, once in Quebec, the appellant applied for and obtained Canadian citizenship for himself and his daughter. Thus, when he made a motion to the Superior Court of Quebec for custody of the child on May 6, 1991, both he and the child were domiciled in Quebec, where they had resided for almost 15 months. In any event, even if the appellant's domicile is not established, the residence of the appellant and the child in Quebec is a sufficient basis for the Superior Court's jurisdiction according to Quebec conflict of jurisdictions rules. I therefore find that the trial judge had jurisdiction to hear and determine the appellant's motion for custody of the child.

58 A final issue that must be addressed concerns the Superior Court's power to order the return of the child in the instant case. In exercising its jurisdiction over custody, the Superior Court has the

est qu'il faille recourir aux règles québécoises de conflit de juridictions applicables à l'époque du litige, il est reconnu que les tribunaux québécois sont compétents pour se prononcer sur la garde d'un enfant dès lors que ce dernier est domicilié, réside ou est physiquement présent au Québec, ou que la personne qui en a le contrôle y réside (J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), aux pp. 243 à 245; mais voir l'art. 3142 C.c.Q.).

La notion de domicile ainsi que les conditions de changement de domicile sont définies au *Code civil du Bas Canada* alors en vigueur à l'époque des faits en litige. Ainsi, le domicile de toute personne se trouve «au lieu où elle a son principal établissement» et celui d'un «mineur dont la garde a fait l'objet d'une décision judiciaire [. . .] chez la personne qui en a la garde», comme le prévoient respectivement les art. 79 et 83 C.c.B.C. (maintenant les art. 75 et 80 C.c.Q.). Par ailleurs, l'art. 80 C.c.B.C. (maintenant l'art. 76 C.c.Q.) énonce que «[l]e changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y faire son principal établissement».

L'appellant a déménagé du Michigan au Québec le 13 février 1990, apparemment avec l'intention de s'y établir avec l'enfant auprès de sa sœur qui s'y trouvait déjà. Cette intention transparaît, notamment, du fait que l'appellant ait demandé et obtenu, une fois au Québec, la citoyenneté canadienne pour lui-même et pour sa fille. Ainsi, lorsqu'il a présenté sa requête pour la garde de l'enfant devant la Cour supérieure du Québec le 6 mai 1991, et l'appellant et l'enfant étaient domiciliés au Québec où ils résidaient depuis presque 15 mois. À tout événement, même si le domicile de l'appellant n'était pas établi, la résidence au Québec de l'appellant et de l'enfant suffit pour fonder la compétence de la Cour supérieure suivant les règles québécoises de conflit de juridictions. Je conclus donc que le juge de première instance avait effectivement juridiction pour connaître de la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant.

Une dernière question dont il faut traiter touche au pouvoir de la Cour supérieure d'ordonner le retour de l'enfant en l'instance. Dans le cadre de l'exercice de sa compétence en matière de garde,

general powers conferred on it by art. 46 *C.C.P.* (*Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, at p. 644 (*per Beetz J.*)). This supplementary provision grants courts and judges “all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction” and authorizes them, *inter alia*, to “make such orders as are appropriate to cover cases where no specific remedy is provided by law”. The Superior Court’s jurisdiction to order the return of the child in the instant case falls under these powers.

In passing, I observe that the origin of the Superior Court’s general powers is unrelated to the concept of *parens patriae* jurisdiction conferred on superior courts of the provinces by the common law, as noted by R. P. Kouri in “L’arrêt *Eve* et le droit québécois” (1987), 18 *R.G.D.* 643, at pp. 648-49:

[TRANSLATION] [The *parens patriae* jurisdiction] was traditionally vested in the Lord Chancellor and was later assumed by the British Court of Chancery. In the Canadian common law provinces, the Judicature Acts provided that the superior courts had the same powers as the Court of Chancery. Moreover, as we have already noted, these common law provinces each retained English law on their territory. Thus, the delegation of the *parens patriae* power to the superior courts of these provinces was clearly set out in legislation.

The situation is completely different in the province of Quebec, since our legislative development has not been the same. First of all, *The Quebec Act* reintroduced the civil-based law of the Ancien Régime and the 1793 statute on the judicature granted the Courts of King’s Bench the powers of the courts of *Prevoté*, *Justice Royale*, *Intendant* and Superior Council. The legislature never conferred the powers of a Court of Chancery on the Court of King’s Bench or its successor, the Superior Court. These courts have therefore never had the same jurisdiction as the Court of Chancery. Accordingly, in the province of Quebec the *parens patriae* prerogatives cannot be exercised by our courts but are vested exclusively in the Queen’s representative, the Lieutenant Governor. [Footnotes omitted.]

la Cour supérieure dispose des pouvoirs généraux qui lui sont reconnus à l’art. 46 *C.p.c.* (*Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, à la p. 644 (le juge Beetz)). Cette disposition supplétive attribue aux tribunaux et aux juges «tous les pouvoirs nécessaires à l’exercice de leur compétence» et les habilite notamment à «rendre toutes ordonnances qu’il appartiendra pour pourvoir aux cas où la loi n’a pas prévu de remède spécifique». C’est à l’intérieur de ces pouvoirs que s’inscrit la compétence de la Cour supérieure d’ordonner le retour de l’enfant en l’espèce.

Je note, en passant, que l’origine des pouvoirs généraux de la Cour supérieure n’a rien à voir avec la notion de compétence *parens patriae* reconnue par la common law aux cours supérieures des provinces, ainsi que le souligne R. P. Kouri, «L’arrêt *Eve* et le droit québécois» (1987), 18 *R.G.D.* 643, aux pp. 648 et 649:

Traditionnellement, [la compétence *parens patriae*] revenait au *Lord Chancellor* et par la suite, elle a été assumée par la *Court of Chancery* d’Angleterre. Dans les provinces canadiennes de common law, selon les *Judicature Acts*, les cours supérieures étaient revêtues des mêmes pouvoirs que la *Court of Chancery*. D’ailleurs, comme nous l’avons déjà souligné, ces provinces de common law ont, chacune à tour de rôle, retenu le droit anglais dans leurs territoires. Ainsi, la délégation du pouvoir de *parens patriae* aux tribunaux supérieurs de ces provinces a été clairement énoncée par la législation.

En ce qui a trait à la Province de Québec, la situation est tout autre car nous n’avons pas suivi le même cheminement législatif. En premier lieu, l’*Acte de Québec* a réintroduit le droit d’inspiration civile de l’ancien régime, et la loi de 1793 sur la judicature avait conféré aux Cours du Banc du Roi, les pouvoirs des Cours de *Prévôté*, *Justice Royale*, *Intendant* et *Conseil Supérieur*. Jamais le législateur n’a-t-il conféré à la Cour du Banc du Roi, ni à son successeur, la Cour supérieure, les pouvoirs d’une *Court of Chancery*. Ces tribunaux n’ont donc jamais bénéficié d’une juridiction équivalente à celle de la Cour de chancellerie. Par voie de conséquence, dans la Province de Québec, l’exercice des prerogatives de *parens patriae* ne peut revenir à nos tribunaux mais relève plutôt du représentant de la Reine, le Lieutenant-gouverneur, et ce, de façon exclusive. [Renvois omis.]

Professor Michel Morin's exhaustive study, "La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire" (1990), 50 *R. du B.* 827, confirmed that the *parens patriae* jurisdiction does not exist in Quebec. Moreover, the author noted at pp. 901-2 that this jurisdiction is unnecessary in Quebec, *inter alia* in cases concerning children:

[TRANSLATION] [C]ivil law judgments have been able to take the child's interests into account without having to borrow from a foreign system of law. . . . Moreover . . . in private international law the use of the *parens patriae* jurisdiction in Quebec seems inadvisable. It adds superfluous criteria to the general provisions of the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*. All things considered, we believe that judgments based on this uncertain concept duplicate what already exists in the civil law.

Contra: Droit de la famille — 323, [1988] R.J.Q. 1542 (C.A.). In any event, it is well settled that a court may exercise the *parens patriae* jurisdiction only in the absence of a specific statutory provision (*E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, at p. 426 (*per La Forest J.*)), which is not the case here given art. 46 *C.C.P.*, to which I referred above.

60

Since I have found that the trial judge had jurisdiction to hear and determine the appellant's motion for custody of the child, provided that the judge applied the Quebec civil law concept of custody, it does not really matter that he relied on the Act in exercising this jurisdiction. From this perspective, it is helpful to review the concept of custody under the *Civil Code of Québec*.

2. Concept of Custody under the *Civil Code of Québec*

61

In Quebec, the concept of custody is included in the concept of parental authority, of which it is one of the main attributes under art. 647 *C.C.Q.* (now art. 599): "The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children". This concept is not defined anywhere in the *Civil Code of Québec*, except that it comprises both rights and duties for parents, which give rise to a duty on the child's part to respect

L'étude exhaustive du professeur Michel Morin, «La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire» (1990), 50 *R. du B.* 827, confirme que la compétence *parens patriae* n'existe pas au Québec. Aux pages 901 et 902, l'auteur souligne, de surcroît, l'inutilité de cette compétence au Québec, notamment en ce qui concerne les litiges concernant les enfants:

[L]a jurisprudence civiliste a su tenir compte de l'intérêt de l'enfant, sans qu'il soit nécessaire d'emprunter à un système de droit étranger. [...] D'autre part, [...] en droit international privé, l'utilisation de la compétence *parens patriae* paraît contre-indiquée au Québec. Elle ajoute des critères superflus aux dispositions générales du *Code civil* et du *Code de procédure civile*. Au total, nous croyons que la jurisprudence issue de cette notion incertaine fait double emploi avec ce qui existe déjà en droit civil.

Contra: Droit de la famille — 323, [1988] R.J.Q. 1542 (C.A.). De toute façon, il est bien établi que la compétence *parens patriae* ne peut être exercée par une cour qu'en l'absence d'une disposition législative spécifique (*E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, à la p. 426 (le juge La Forest)), ce qui n'est pas le cas en l'espèce étant donné l'art. 46 *C.p.c.* auquel je viens de référer.

Ayant conclu que le juge de première instance était compétent pour connaître de la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant, si le juge a appliqué la notion de garde selon le droit civil québécois, peu importe qu'il se soit basé sur la Loi pour exercer cette compétence. Dans cette perspective, il est utile de revenir sur la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*.

2. La notion de garde au sens du *Code civil du Québec*

La notion de garde s'inscrit au Québec à l'intérieur du concept d'autorité parentale, dont elle est l'un des principaux attributs selon l'art. 647 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 599): «Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.» Cette notion n'est définie nulle part au *Code civil du Québec*, sauf en ce qu'elle constitue pour les parents à la fois un droit et un devoir qui se tradui-

parental authority. Article 650 *C.C.Q.* (now art. 602) provides that “[n]o unemancipated minor may leave the family home without the consent of the person having parental authority”.

As long as the parents live together, they both exercise all the attributes of parental authority, including the duties involved in custody. In the event of separation from bed and board or divorce, however, an award of custody to one of the parents or a third person authorizes that person to make all decisions in respect of the child. According to the Honourable Albert Mayrand, “La garde conjointe, rééquilibrage de l’autorité parentale” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193, at p. 206, [TRANSLATION] “the custodian has the initiative on his or her side; he or she exercises authority directly without having to rely on the court’s authority or consult his or her former spouse”.

The custodial parent’s right to take the initiative and his or her decision-making autonomy are perfectly consistent with the logic behind the fundamental distinction between custody rights and access rights, a distinction upon which the respective roles of the custodial parent and the non-custodial parent are based. Thus, the non-custodial parent retains only a right to supervise the child, which may be exercised by means of the right to have access to the child and take the child out. This was stated as follows by the Honourable Robert Lesage in “Garde ou autorité parentale; l’emprise de la sémantique” (1988), 91 *R. du N.* 46, at p. 49:

[TRANSLATION] The non-custodial parent can become directly involved in day-to-day decisions concerning the child only within the limits of his or her access rights. He or she does not have custody. Access is not synonymous with alternating custody, even where the right to take the child out is broad. The custodial parent retains complete responsibility for the child’s person. [Emphasis added.]

To the same effect, see E. Groffier-Atala, “De la puissance paternelle à l’autorité parentale” (1977), 8 *R.G.D.* 223, at p. 229; C. L’Heureux-Dubé, “La garde conjointe, concept acceptable ou non?” (1979), 39 *R. du B.* 835, at pp. 850-51.

sent par l’obligation pour l’enfant de la respecter. En effet, l’art. 650 *C.c.Q.* (maintenant l’art. 602) énonce que «[l]e mineur non émancipé ne peut, sans le consentement du titulaire de l’autorité parentale, quitter la demeure familiale.»

Tant que les parents font vie commune, ils exercent ensemble tous les attributs que confère l’autorité parentale, dont le devoir de garde. En cas de séparation de corps ou de divorce, cependant, l’attribution de la garde à l’un des parents ou à un tiers a pour effet d’habiliter le gardien à prendre seul toutes les décisions relatives à l’enfant. Selon l’honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l’autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193, à la p. 206, «le gardien a l’avantage de l’initiative; il exerce son autorité directement sans avoir à recourir à celle du tribunal et sans être tenu de consulter son ex-conjoint».

Le droit d’initiative et l’autonomie décisionnelle du parent gardien s’inscrivent parfaitement dans la logique de la distinction fondamentale qui existe entre le droit de garde et le droit de visite, distinction dont découlent les rôles respectifs des parents gardien et non gardien. Ainsi, le parent non gardien ne conserve qu’un droit de surveillance à l’endroit de l’enfant, lequel droit peut être exercé au moyen du droit de visite et de sortie. C’est ce qu’exprime l’honorable Robert Lesage, «Garde ou autorité parentale; l’emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46, à la p. 49:

Le parent non gardien n’a droit d’intervenir directement auprès de l’enfant dans les décisions courantes que dans les limites de son droit d’accès. Il n’est pas gardien. Accès n’est pas synonyme de garde alternée, même si les droits de sortie sont étendus. Le parent gardien conserve l’entière responsabilité de la personne de l’enfant. [Je souligne.]

Au même effet, voir: E. Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l’autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223, à la p. 229; C. L’Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835, aux pp. 850 et 851.

62

63

64 Courts have expressed complete agreement with this view. In *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (Que. C.A.), Gendreau J.A. wrote the following at p. 191:

[TRANSLATION] It goes without saying that, as a general rule, when custody of a child is awarded to one parent, he or she then exercises all the attributes of parental authority and the other parent does not normally interfere with the custodial parent's approach except in performing his or her supervisory role. In this way, unity in the child's development is preserved and fragmentation and rifts that might be harmful to the child are avoided.

65 However, the non-custodial parent does not lose the status of a person having parental authority: he or she may and must continue to perform his or her duties of supervision and education in so far as this is not incompatible with the custodial parent's custody rights (*P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 164 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, at pp. 281-82 (*per* Beetz J.)). This principle is also expressed as follows in art. 570 C.C.Q. (now art. 605): "Whether custody is entrusted to one of the spouses or to a third person, the father and mother retain the right of watching over the maintenance and education of the children, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means".

66 The same is not true, however, for custody rights, the third component of parental authority. Mayrand, *supra*, stated the following at p. 196:

[TRANSLATION] [S]eparation or divorce makes it impossible for [the non-custodial parent] to discharge the duties of custody. As long as that parent is prevented from fulfilling his or her custody obligations, he or she is released therefrom; in family law as in property law, "no one is bound to do the impossible".

What impedes the exercise of his or her rights is the exercise of the same rights by the spouse or former spouse to whom the court has entrusted the child. [Footnote omitted.]

He adds at p. 206:

[TRANSLATION] To the extent that the non-custodial parent's parental authority is diminished and weakened, that of the person to whom the court awards custody is strengthened. His or her rights of custody, in the strict

La jurisprudence abonde également en ce sens. Dans l'arrêt *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (C.A. Qué.), le juge Gendreau écrit, à la p. 191:

Il va de soi qu'en règle générale, lorsque la garde d'un enfant est confiée à un parent, il exerce alors tous les attributs de l'autorité parentale et l'autre parent ne s'imisce ordinairement pas dans la façon de faire du gardien, sauf dans l'exercice de son rôle de surveillance. On préserve ainsi l'unité du développement de l'enfant et évite des éparpillements et des déchirements qui pourraient lui être néfastes.

Le parent non gardien ne perd pas, toutefois, sa qualité de titulaire de l'autorité parentale: il peut et doit, dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec le droit de garde du parent gardien, continuer à exercer ses devoirs de surveillance et d'éducation (*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 164 (le juge L'Heureux-Dubé); *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, aux pp. 281 et 282 (le juge Beetz)). Ce principe est d'ailleurs exprimé à l'art. 570 C.c.Q. (maintenant l'art. 605) en ces termes: «Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.»

Il n'en va pas de même, cependant, en ce qui a trait au devoir de garde, troisième élément constitutif de l'autorité parentale. Selon Mayrand, *loc. cit.*, à la p. 196:

[L]'accomplissement [du] devoir de garde [du parent non gardien] est rendu impossible par la séparation ou le divorce. Aussi longtemps qu'il est empêché d'exécuter son obligation de garde, il s'en trouve libéré; en droit de la famille comme en droit patrimonial, «à l'impossible nul n'est tenu».

Ce qui fait échec à l'exercice de son droit est précisément l'exercice du même droit par le conjoint ou l'ex-conjoint à qui le tribunal a confié l'enfant. [Renvoi omis.]

Le même auteur ajoute, à la p. 206:

Dans la proportion où l'autorité parentale du parent non-gardien est diminuée et affaiblie, celle du gardien désigné par le tribunal est renforcée. Son droit de garde au sens strict du mot, qu'il partageait avec son conjoint,

sense of the word, which were once shared with his or her spouse, become exclusive rights, except that he or she is normally subject to the right granted to the former spouse to visit the child and to have the child stay with him or her for limited periods.

More specifically, it is generally recognized that the concept of custody includes, *inter alia*, the right to determine the child's place of residence as a necessary attribute of custody. Mayrand, *supra*, stated this as follows at p. 195:

[TRANSLATION] [C]ustody may be defined as *the right and duty of the father and mother to keep their minor child in their home or to determine the child's place of residence in order to properly carry out their duty to supervise and educate the child.* [Emphasis in original.]

Along the same lines, Professor Monique Ouellette, *Droit de la famille* (3rd ed. 1995), at p. 224, expressed the opinion that [TRANSLATION] “[c]ustody rights presuppose that the parents ‘physically’ live with the child”. Similarly, according to P. B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), vol. 2, at p. 145, it is the parents [TRANSLATION] “who determine the type of education [the child] will receive and where [the child] must reside for his or her education or learning”.

In this regard, the impact of awarding custody of a child to a third person was examined by this Court in *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, *supra*, in which Beetz J. stated the following at pp. 285-86:

[S]omeone to whom a court awards the custody of a child clearly enjoys the exercise of part of the parental authority, which indeed surpasses the mere determination of the child's residence. . . . The civil law concept of custody necessarily includes the presence of the child. Accordingly, a minor whose custody is awarded to a third person acquires the domicile of that person (art. 83 *C.C.L.C.*) As Professor Simler correctly observes:

[TRANSLATION] The crux of the problem is the right to determine where the child lives. It is important to remember that though the concept of custody is not defined by this right alone, it is nevertheless this right that gives the person having custody the necessary means of performing his function. *It is therefore inconceivable to speak of custody of a child in the absence of this element.*

devient un droit exclusif, sauf qu'il est ordinairement soumis à la faculté accordée à l'ex-conjoint de visiter et d'héberger l'enfant pour des périodes limitées.

Plus particulièrement, il est généralement reconnu que la notion de garde emporte, entre autres, le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant en tant qu'attribut nécessaire de la garde. Comme le formule Mayrand, *loc. cit.*, à la p. 195:

[L]a garde peut se définir comme *le droit et le devoir qu'ont les père et mère de retenir leur enfant mineur dans leur demeure ou de déterminer le lieu de sa résidence, afin de mieux remplir envers lui leur devoir de surveillance et d'éducation.* [En italique dans l'original.]

En ce sens, le professeur Monique Ouellette, *Droit de la famille* (3^e éd. 1995), à la p. 224, est d'avis que «[l]e devoir de garde suppose que les parents vivent «physiquement» avec l'enfant». De même, selon P. B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, à la p. 145, ce sont les parents «qui déterminent le genre d'éducation [que l'enfant] recevra, le lieu où il doit résider pour son éducation ou pour son apprentissage».

À cet égard, la portée de l'attribution de la garde d'un enfant à un tiers a été examinée par notre Cour dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, où le juge Beetz affirme, aux pp. 285 et 286:

[U]ne personne à qui un tribunal attribue la garde d'un enfant obtient de toute évidence l'exercice d'une partie de l'autorité parentale qui excède cependant la seule faculté de déterminer la résidence de l'enfant. [. . .] Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant. C'est ainsi que le mineur dont la garde est confiée à un tiers acquiert le domicile de cette personne (art. 83 *C.c.B.-C.*) Comme le souligne à juste titre le professeur Simler:

Le nœud du problème réside dans le droit de fixer la résidence de l'enfant. Il faut se rappeler que si ce droit ne définit pas à lui seul la notion de garde, c'est lui cependant qui confère au gardien le moyen indispensable pour assurer sa fonction. *Il paraît donc inconcevable de parler de garde de l'enfant en l'absence de cet élément.*

67

68

(P. Simler, "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, at p. 708.) [Emphasis added by Professor Simler.]

Since Quebec civil law does not differentiate according to whether custody of a child is awarded to one of the child's parents or a third person (art. 570 *C.C.Q.* (now art. 605)), these comments apply to all custody awards.

69 However, the custodial parent's power to determine the child's place of residence remains subject to the right of the non-custodial parent, whether or not he or she has access rights, to challenge the exercise of that power by bringing an action under art. 653 *C.C.Q.* (now art. 604), which, "[i]n the case of difficulties relating to the exercise of parental authority", allows the non-custodial parent to refer the matter to the court. As Professor Jean Pineau stated in *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»* (1983), at pp. 135-36:

[TRANSLATION] However, it must not be forgotten that the duties deriving from parental authority remain even where the exercise of such authority is dismembered. That is why, under article 215 [*C.C.L.C.* (now art. 605)], both the father and mother retain the right to watch over the maintenance and education of their children, regardless of who obtains custody of them. Accordingly, a problem may arise when one of the spouses decides to move abroad and that spouse has custody: in such a case, the other spouse, who can no longer exercise his or her right to watch over the child, might apply to the court for a new order granting him or her custody of the child. [Emphasis added.]

Thus, in some cases a change in the child's place of residence may be a new circumstance capable of justifying a modification of the custody order.

70 In summary, authors and the courts both affirm that the *Civil Code of Québec* has adopted a liberal concept of custody — one that does not include access rights — that gives the custodian the exclusive power to make all decisions in respect of the child, including the choice of the child's place of residence.

(P. Simler, «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, à la p. 708.) [Les italiques sont du professeur Simler.]

Le droit civil québécois ne distinguant pas selon que la garde d'un enfant ait été confiée à un de ses parent ou à un tiers (l'art. 570 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 605)), ces remarques valent pour toute attribution de garde.

Le pouvoir décisionnel du parent gardien quant au choix du lieu de résidence de l'enfant demeure, néanmoins, assujéti au droit du parent non gardien, détenteur ou non d'un droit de visite, d'en contester l'exercice par l'entremise du recours prévu à l'art. 653 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 604) qui lui permet de saisir le tribunal «[e]n cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale». Comme l'expose le professeur Jean Pineau, *La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»* (1983), aux pp. 135 et 136:

Toutefois, il ne faut pas oublier que les devoirs découlant de l'autorité parentale demeurent, même si l'exercice de celle-ci est démembré. C'est pourquoi, en vertu de l'article 215 [*C.c.B.C.* (maintenant l'art. 605)], l'un et l'autre des père et mère conservent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, quelle que soit la personne qui en ait obtenu la garde. Aussi, peut se poser un problème lorsque l'un des époux décide d'aller vivre à l'étranger et que la garde est confiée précisément à celui qui s'éloigne: en ce cas, le conjoint, ne pouvant plus exercer son droit de surveillance, pourrait demander que le tribunal rende une nouvelle ordonnance qui lui accorderait la garde de cet enfant. [Je souligne.]

Ainsi, le changement du lieu de résidence de l'enfant peut, en certains cas, constituer une circonstance nouvelle susceptible de justifier une modification de l'ordonnance de garde.

En résumé, tant la doctrine que la jurisprudence confirment que le *Code civil du Québec* retient une conception libérale de la notion de garde, conception dont ne fait pas partie le droit de visite, qui confère au gardien le pouvoir de prendre seul toutes les décisions au sujet de l'enfant, notamment quant au choix du lieu de sa résidence.

From a comparative perspective, it is interesting to note that the liberal concept of custody is also well established at the present time in divorce matters, as noted by J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3rd ed. 1993), at p. 240:

In Canadian divorce proceedings, case law tends to support the conclusion that, in the absence of directions to the contrary, an order granting "sole custody" to one parent signifies that the custodial parent shall exercise all the powers of the legal guardian of the child. The non-custodial parent with access privileges is thus deprived of the rights and responsibilities that previously vested in that parent as a joint custodian of the child. [Emphasis added.]

According to the same author at pp. 242-43, this interpretation of custody rights remains the same under the *Divorce Act, 1985*, S.C. 1986, c. 4 (now the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Suppl.)):

The provisions of the *Divorce Act, 1985*, and particularly the definitions of "custody" and "accès" in section 2(1), may preclude Canadian courts from reverting to a narrow definition of custody. Pursuant to section 2(1), "'custody' includes care, upbringing and any other incident of custody" and "'accès' comporte le droit de visite." The use of the word "includes" in the definition of "custody" implies that the term embraces a wider range of powers than those specifically designated in section 2(1). . . . Consequently, in the absence of an order for shared parenting or a court-ordered division of the incidents of custody, a non-custodial spouse with access privileges would remain a passive bystander who is excluded from the decision-making process in matters relating to the child's welfare, growth and development. [Emphasis added.]

As is the case in Quebec civil law, it follows from this broad concept of custody that choosing the child's residence has been recognized to be a prerogative of the custodial parent, subject to the non-custodial parent's right to apply to the court to vary the terms and conditions of custody and access after the child is removed (s. 17(1) and (5) of the *Divorce Act*). This principle has been reiterated by the Quebec Court of Appeal a number of times in the context of the *Divorce Act: Droit de la famille — 120*, [1984] C.A. 101, at p. 104 (*per*

À titre d'éclairage comparatif, il est intéressant de noter que la conception libérale de garde est également bien établie en matière de divorce à notre époque, comme le fait remarquer J. D. Payne, *Payne on Divorce* (3^e éd. 1993), à la p. 240:

[TRADUCTION] Dans les procédures en divorce au Canada, la jurisprudence tend à corroborer la conclusion qu'en l'absence de directives contraires, une ordonnance confiant la garde à un parent comporte l'attribution au parent gardien de tous les pouvoirs qui reviennent au tuteur de l'enfant. Le parent qui n'a pas la garde, mais a un droit d'accès, est donc privé des droits et responsabilités dont il était investi auparavant lorsqu'il avait la garde partagée de l'enfant. [Je souligne.]

Selon le même auteur, aux pp. 242 et 243, cette interprétation du droit de garde demeure inchangée sous l'empire de la *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, ch. 4 (maintenant la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)):

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi de 1985 sur le divorce* et, en particulier, les définitions des termes «garde» et «accès» au par. 2(1) interdisent apparemment aux tribunaux canadiens de revenir à une définition étroite de la garde. Selon le par. 2(1), «[s]ont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache» et ««accès» comporte le droit de visite.» L'expression «sont assimilés» employée pour définir la garde implique nécessairement que le terme vise un éventail plus large de pouvoirs que ceux énumérés au par. 2(1). [. . .] En conséquence, en l'absence d'ordonnance modificative de l'ordonnance confiant la garde inconditionnellement à l'un des parents, par rapport à la totalité ou à l'un des éléments de la garde, l'époux qui n'a pas la garde mais un droit d'accès n'est qu'un observateur passif qui est exclu du processus décisionnel relatif aux questions concernant le bien-être, la croissance et le développement de l'enfant. [Je souligne.]

Comme c'est le cas en droit civil québécois, il découle de cette conception large de la notion de garde que le choix de la résidence de l'enfant a été reconnu comme une prérogative du parent gardien, soumis au droit du parent non gardien de demander au tribunal de modifier les modalités de garde et d'accès suite à un déplacement de l'enfant (par. 17(1) et (5) de la *Loi sur le divorce*). Ce principe a été réitéré dans le contexte de la *Loi sur le divorce* à maintes reprises par la Cour d'appel du Québec: *Droit de la famille — 120*, [1984] C.A. 101, à la

Mayrand J.A.); *Droit de la famille — 7*, [1984] C.A. 350, at p. 354 (*per* Mayrand and Monet J.J.A., Bernier J.A. dissenting); *Droit de la famille — 190*, [1985] C.A. 201, at pp. 203-4 (*per* Chouinard J.A.); *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), *aff'd* [1995] 4 S.C.R. 592 (*sub nom. P. (M.) v. L.B. (G.)*). By way of example, in the last-mentioned case, the mother, who had custody rights, moved with the child from Quebec to France in disregard of the father's access rights and of an agreement confirmed by a court order that prohibited such a removal. Although, in that specific case, the father was eventually awarded custody of the child, Proulx J.A. stated unequivocally that [TRANSLATION] "there is attached to the right of custody a right to decide where the child will live" (p. 1735).

p. 104 (le juge Mayrand); *Droit de la famille — 7*, [1984] C.A. 350, à la p. 354 (les juges Mayrand et Monet, le juge Bernier étant dissident); *Droit de la famille — 190*, [1985] C.A. 201, aux pp. 203 et 204 (le juge Chouinard); *Droit de la famille — 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), confirmé par [1995] 4 R.C.S. 592 (*sub nom. P. (M.) c. L.B. (G.)*). À titre d'exemple, dans cette dernière affaire, la mère, détentrice du droit de garde, a déménagé avec l'enfant du Québec en France au mépris du droit de visite du père ainsi que d'une convention entérinée par ordonnance du tribunal interdisant un tel déplacement. Quoique, dans ce cas précis, la garde de l'enfant ait éventuellement été confiée au père, le juge Proulx déclare sans équivoque qu'«au droit de garde est attaché celui de choisir le lieu de résidence de l'enfant» (p. 1735).

73 Thus, the concept of custody under the *Civil Code of Québec*, as at common law and under the *Divorce Act*, cannot be distinguished from the concept of custody under the Convention and the Act. Since these different systems all give this concept a broad meaning that is distinct from access rights and that includes, *inter alia*, the right to choose the child's place of residence, it is of little consequence that the trial judge ruled on the appellant's motion for custody of the child under the Act rather than the *Civil Code of Québec*.

Ainsi, la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*, tout comme d'ailleurs la common law et la *Loi sur le divorce* à cet égard, ne se distingue pas de la notion de garde telle que l'entendent la Convention et la Loi. Puisque cette notion reçoit indistinctement, sous ces différents régimes, un sens large, indépendant du droit de visite, qui comprend, notamment, le choix du lieu de résidence de l'enfant, il importe donc peu que le juge du procès se soit prononcé sur la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant dans le cadre de la Loi plutôt que du *Code civil du Québec*.

74 This brings us to the question whether, despite the fact that the trial judge took the wrong legal approach by applying the Act to the circumstances of the case at bar, he would have come to the same conclusion had he applied the *Civil Code of Québec*. From this perspective, it should be recalled that the interests of the child are the fundamental criterion in matters of child custody, which was the subject of the motion before the trial judge.

Ceci nous amène à décider si, malgré le fait que le juge de première instance se soit mal dirigé en droit en appliquant la Loi aux circonstances de l'espèce, il en serait venu à la même conclusion s'il avait appliqué le *Code civil du Québec*. Dans cette perspective, il convient de rappeler le critère fondamental de l'intérêt de l'enfant en matière de garde d'enfant, nature de la requête dont le juge de première instance était saisi.

3. The Interests of the Child

3. L'intérêt de l'enfant

75 As we know, the interests of the child are central to any decision concerning the child. This is the principle underlying the Convention and the Act. It is also the criterion adopted by the *Civil Code of Québec*, the courts and authors.

L'intérêt de l'enfant, comme on le sait, est au cœur de toute décision relative à l'enfant. C'est le principe qui sous-tend la Convention et la Loi. C'est aussi le critère que retient le *Code civil du Québec* ainsi que la jurisprudence et la doctrine.

The primacy of the child's interests is recognized by the Convention's fundamental objective, which is confirmed in the Act and set out in the preamble to the Convention: "the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody". This objective is in keeping with the universal recognition that the interests of the child must prevail, as stated in a number of international documents in addition to the Convention, such as the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Article 3 of which provides that "[i]n all actions concerning children . . . the best interests of the child shall be a primary consideration".

In the specific context of the removal or retention of a child in breach of custody rights, the Convention and the Act presume that the interests of the child lie in being promptly returned to his or her habitual place of residence for a determination on the merits of custody, where necessary. Thus, the interests of the child within the meaning of the Convention and the Act "should not be interpreted as giving a court seized with the issue of whether a child should be returned the jurisdiction to consider the best interests of the child in the manner the court would do at a custody hearing" (*Thomson, supra*, at p. 578 (*per* La Forest J.)). However, Article 13 of the Convention recognizes that, in certain clearly defined situations, the interests of the child before the court may on an exceptional basis justify not ordering the child's return (*Schuz, supra*, at p. 776). According to the Act, which is to the same effect, the Superior Court may refuse to order the return of the child for certain reasons, *inter alia* if it is demonstrated that the child is now settled in Quebec within the meaning of s. 20.

As with the concept of custody under the Convention and the Act, the best interests of the child also underlie the concept of custody under the *Civil Code of Québec*. The evolution of the concept of custody in Quebec, which I reviewed in detail in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, at pp. 156-59,

La primauté de l'intérêt de l'enfant est reconnue par l'objectif fondamental de la Convention que la Loi entérine, édicté au préambule de la Convention: «l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde». Cet objectif s'inscrit dans la reconnaissance universelle de la primauté de l'intérêt de l'enfant, dont témoignent plusieurs documents internationaux, outre la Convention, telle la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 qui, à son article 3, énonce que «[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, [. . .] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.»

Dans le contexte particulier du déplacement ou du non-retour d'un enfant en violation d'un droit de garde, la Convention et la Loi présument que l'intérêt de l'enfant se situe au niveau de son retour immédiat au lieu de sa résidence habituelle pour qu'une détermination sur le fond de sa garde, le cas échéant, y ait lieu. Ainsi, l'intérêt de l'enfant tel que l'entendent la Convention et la Loi «ne doit pas être interprét[é] comme conférant au tribunal saisi de la question de savoir si un enfant doit être retourné, le pouvoir de considérer l'intérêt de l'enfant comme le ferait le tribunal dans le cadre d'une audience sur la garde» (*Thomson*, précité, à la p. 578 (le juge La Forest)). L'article 13 de la Convention reconnaît, toutefois, que dans certaines situations clairement définies, l'intérêt de l'enfant qui est devant le tribunal pourra exceptionnellement justifier que son retour ne soit pas ordonné (*Schuz, loc. cit.*, à la p. 776). La Loi, qui est au même effet, prévoit que la Cour supérieure peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant pour certains motifs, notamment s'il est démontré que l'enfant s'est intégré au Québec au sens de l'art. 20.

À l'instar de la notion de garde au sens de la Convention et de la Loi, c'est également le meilleur intérêt de l'enfant qui sous-tend la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*. En effet, l'évolution de la notion de garde au Québec que j'ai retracée de façon détaillée dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, aux pp. 156 à 159, démontre qu'à la puissance paternelle s'est substitué le meilleur

76

77

78

shows that the child's best interests have been substituted for paternal authority, at pp. 158-59:

It can thus be seen that, at that time, paternal authority amounted, for all practical purposes, to a right of ownership of the father over the children. Later, in the fifties, the courts moved towards recognizing the rights of children over those of parents, although the father continued to be favoured. Little by little the criterion of the child's best interests emerged in custody decisions, a change that coincided with movements toward equality of the sexes.

. . .

Finally, on April 2, 1981, that part of the new *Civil Code of Quebec* altering existing family law came into effect. Not only are spouses now regarded as equal, but the best interests of the child henceforth govern the awarding of child custody.

79

In light of the evolution of custody rights in Quebec, which is similar to that of the common law in this regard (*King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 93 (*per* McIntyre J.)), it must now be determined what criterion applies when custody is awarded outside the context of divorce or separation from bed and board. The *Divorce Act* provides that in making a custody order, "the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child" (s. 16(8)). In the context of separation from bed and board, art. 569 *C.C.Q.* (now art. 514) requires the court to decide as to the custody of children "in their interest and in the respect of their rights".

80

The only criterion that governs decisions about a child in custody proceedings, as in any other proceedings concerning the child, is stated in art. 30 *C.C.L.C.* (now art. 33 *C.C.Q.*), which I have already quoted: "the child's interest and the respect of his rights".

81

In *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, *supra*, which considered the conditions for awarding custody of a child to a third person in Quebec civil law, Beetz J., for the

leur intérêt de l'enfant. On peut lire, aux pp. 158 et 159:

On constate donc qu'à cette époque, la puissance paternelle équivalait, à toutes fins pratiques, à un droit de propriété du père sur les enfants. Par la suite, vers les années 50, la jurisprudence évolua vers la reconnaissance des droits de l'enfant de préférence à ceux des parents, même si le père demeurait favorisé. Peu à peu, se dégagait le critère du meilleur intérêt de l'enfant dans l'attribution de la garde, parallèlement au cheminement qui visait à l'égalité des sexes.

. . .

Enfin, le 2 avril 1981, entra en vigueur cette partie du nouveau *Code civil du Québec* qui allait réformer le droit de la famille. Non seulement les époux sont-ils désormais considérés comme égaux, mais encore le meilleur intérêt de l'enfant gouverne dorénavant l'attribution de la garde des enfants.

À la lumière de l'évolution du droit de garde au Québec, qui est d'ailleurs semblable à celle de la common law à cet égard (*King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 93 (le juge McIntyre)), il faut maintenant s'interroger sur le critère applicable en matière de garde lorsque sa détermination se fait à l'extérieur des contextes de divorce et de la séparation de corps. En effet, la *Loi sur le divorce* prévoit qu'en rendant une ordonnance de garde, «le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation» (par. 16(8)). On sait également que dans le cadre de la séparation de corps, l'art. 569 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 514) impose au tribunal le devoir de statuer sur la garde des enfants «dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits».

Le seul critère qui régit les décisions prises au sujet d'un enfant dans un litige relativement à sa garde, comme dans tout autre litige qui le concerne, est formulé à l'art. 30 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 33 *C.c.Q.*) déjà cité: «[l']intérêt de l'enfant et le respect de ses droits».

Dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, où il s'agissait des conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois, le

Court, stated the following about the scope of art. 30 *C.C.L.C.*, at p. 269:

The child's interest has become the cornerstone of decisions concerning it in Quebec civil law. The reform of family law introduced in 1980 by the adoption of the *Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39, has made the child's interest paramount. The rule that the child's interest must prevail was for the first time unequivocally recognized in the *Civil Code* with that reform. . . .

According to Beetz J., "[t]here can be no question that art. 30 *C.C.L.C.* applies to custody matters" (p. 271). Thus, as I wrote in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, at p. 174: "Accordingly, whether rights of custody or access are involved, the child's best interests as set out in art. 30 *C.C.L.C.* will be the sole guide". (Emphasis in original.)

Authors and courts are unanimous in this regard. Professor Mireille D. Castelli, *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce* (1993), at p. 225, states that the only criterion that applies in custody matters is that of the child's interests, as set out in art. 33 *C.C.Q.* or, in the case of divorce, s. 16 of the *Divorce Act*. Professor Ouellette, *supra*, at pp. 225-26, noted that while the criteria for awarding custody to a parent are many and varied, [TRANSLATION] "[t]he entire process is concerned with the child's best interests, the only absolute criterion". More specifically, where a child is removed and a conflict of jurisdictions arises, it is recognized that, once the jurisdiction of Quebec courts to rule on the child's custody has been established, the court must be guided by the best interests of the child and must not concern itself with the law of the child's domicile (Castel, *supra*, at p. 245; Groffier, *supra*, at p. 144).

Given that the child's best interests are, therefore, the criterion governing custody awards, it must be determined whether the trial judge actu-

juge Beetz, au nom de la Cour, se prononce sur la portée de l'art. 30 *C.c.B.C.* en ces termes, à la p. 269:

L'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l'avant en 1980 par l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, chap. 39, a consacré le caractère primordial du critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le *Code civil*. . .

Selon le juge Beetz, «[l']application de l'art. 30 *C.c.B.-C.* en matière de garde ne saurait faire de doute» (p. 271). Ainsi, comme je l'ai écrit dans l'affaire *P. (D.) c. S. (C.)*, précitée, à la p. 174: «Qu'il s'agisse, donc, de garde ou de droit de visite et de sortie, le meilleur intérêt de l'enfant qu'édicte l'art. 30 *C.c.B.-C.* sera le seul guide.» (Souligné dans l'original.)

À cet égard, la doctrine comme la jurisprudence sont unanimes. Le professeur Mireille D. Castelli, *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce* (1993), à la p. 225, considère que le seul critère en matière de garde est celui de l'intérêt de l'enfant prévu à l'art. 33 *C.c.Q.* ou, s'il s'agit d'un divorce, à l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Le professeur Ouellette, *op. cit.*, aux pp. 225 et 226, note que si les critères d'attribution de garde à un parent sont multiples et variés, «[t]oute la démarche vise le meilleur intérêt de l'enfant, seul critère absolu». Plus particulièrement, dans le cas du déplacement d'un enfant où surgit un conflit de juridictions, une fois établie la compétence des tribunaux québécois pour statuer sur la garde de l'enfant, il est reconnu que le tribunal doit être guidé par le meilleur intérêt de l'enfant, sans se préoccuper de la loi de son domicile (Castel, *op. cit.*, à la p. 245; Groffier, *op. cit.*, à la p. 144).

Le meilleur intérêt de l'enfant étant donc le critère gouvernant l'attribution de sa garde, il s'agit de déterminer si le juge de première instance a

ally applied this criterion when he decided the appellant's motion for custody of the child.

4. Application to the Facts

84 As I stated above, it does not matter whether the judge considered the concept of custody under the Act rather than under the *Civil Code of Québec*, because in either case the concept is identical in that it is not to be confused with access rights only, particularly as regards the choice of the child's place of residence where there is no restriction in this regard in the custody order, as in the case at bar. Since it has been established that the appellant was free to move with the child, the only issue that the trial judge had to resolve under the *Civil Code of Québec* was whether it was in fact in the child's interests, following that move, to remain with her father in the circumstances disclosed by the evidence.

85 While the judge dismissed the appellant's motion for custody of the child on the basis of ss. 3 and 20 of the Act, he did in fact rule on the child's best interests. Although he felt that the only issue was whether the child was settled in her new environment, there is no doubt in my mind, based on the judgment and the judge's exhaustive analysis of the evidence after 14 days of proof and hearing, that he not only took account of the child's best interests but also determined that it was in her best interests to return to her mother.

86 The trial judge's consideration of the child's best interests is clear, for example, from his decision to allow evidence of the parties' relationship with the child before the time of the child's settlement in Quebec. Despite the appellant's objection in this regard, that evidence was relevant, in his view, to detect any risk of physical or psychological danger that might affect his decision about the child. Moreover, it was only after ensuring that the respondent would present no risk of physical or

effectivement appliqué ce critère lorsqu'il a décidé de la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant.

4. Application aux faits

Comme je l'ai déjà mentionné, que le juge ait tenu compte de la notion de garde selon la Loi plutôt que selon le *Code civil du Québec* est immatériel, puisque ces notions sont identiques en ce qu'elles ne se confondent pas avec le simple droit de visite, particulièrement en ce qui concerne le choix du lieu de résidence de l'enfant lorsqu'aucune restriction n'est attachée à l'ordonnance de garde à cet égard, comme c'est le cas en l'espèce. Étant acquis qu'il était loisible pour l'appelant de déménager avec l'enfant, la seule question que le juge de première instance avait donc à se poser, selon le *Code civil du Québec*, consistait à décider s'il était effectivement dans l'intérêt de l'enfant, suite à ce déménagement qu'elle demeure avec son père dans les circonstances révélées par la preuve.

Même si le juge a rejeté la requête de l'appelant pour la garde de l'enfant en application des art. 3 et 20 de la Loi, il s'est effectivement prononcé sur le meilleur intérêt de l'enfant. Bien que la seule question portait, selon lui, sur l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, à la lecture du jugement et de l'analyse exhaustive de la preuve à laquelle le juge s'est livré après 14 jours d'enquête et d'audition, il ne fait aucun doute, à mon avis, qu'il a non seulement tenu compte du meilleur intérêt de l'enfant, mais aussi déterminé qu'il était dans cet intérêt qu'elle retourne avec sa mère.

La prise en considération du meilleur intérêt de l'enfant ressort nettement, par exemple, de la décision du juge du procès de permettre la preuve des relations des parties avec l'enfant au-delà de la période d'intégration de l'enfant au Québec. Malgré l'objection de l'appelant à cet égard, cette preuve était pertinente, selon lui, afin de déceler quelque risque de danger physique ou psychologique de nature à influencer sur sa décision relativement à l'enfant. Par ailleurs, ce n'est qu'après s'être assuré que l'intimée ne présenterait aucun danger de préjudice physique ou psychologique

psychological harm to the child that the child was ordered to be returned to her.

The judge was unequivocal in expressing his conviction that the extreme fragility of the child's psychological condition was in large part due to the appellant's behaviour. He noted, for example, that "the child has no intimacy at all, being for example in obligation to write down her impressions after each visit with her mother in a document that is read by the father" (p. 120). Moreover, his conclusions about the child's psychological condition are also highly revealing: he described her as having a "false-self" and as being in a "straight [*sic*] jacket about to crack open", and he even went so far as to state that she was "on a sure road to mental illness, perhaps sooner than we think and that the damage is done" (p. 120). Thus, after 14 days of proof and hearing during which he had the incalculable advantage of seeing and hearing all the parties interested in the proceedings, including the child, as well as three expert witnesses, the judge concluded (at p. 120):

... this case is so bad that in all conscience I believe, even if this child is physically as free as a bird, that she lives in a subtle psychological jail weaved by a sincere and very intelligent father.

I have to conclude that this child has been alienated and is in psychological danger. . . .

At this point, it should be noted that great deference must be shown to the trial judge's findings of fact. It is well-settled case law that a court of appeal must not intervene in the trial judge's findings of fact unless the judge made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence, misunderstood the evidence or drew erroneous conclusions from it (*P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, at pp. 188-89 (*per* L'Heureux-Dubé J.)). Like the Court of Appeal, I find no such error by the trial judge in the case at bar. Accordingly, in light of these findings of fact, which were undisputed in this Court, it seems to me that the trial judge correctly concluded that it

pour l'enfant que son retour avec l'intimée fut ordonné.

C'est sans équivoque que le juge exprime sa conviction que la précarité extrême de l'état psychologique de l'enfant est due, en grande partie, au comportement de l'appelant. Il constate, par exemple, que [TRADUCTION] «l'enfant n'a plus aucune intimité, étant entre autres obligée d'écrire ses impressions après chaque visite auprès de sa mère dans un document qui est lu par son père» (p. 120). Par ailleurs, les conclusions du juge sur l'état psychologique de l'enfant sont aussi fort révélatrices, la décrivant comme ayant une [TRADUCTION] «fausse image de soi», comme une prisonnière d'une [TRADUCTION] «camisole de force sur le point de céder», allant même jusqu'à déclarer qu'elle est [TRADUCTION] «sur la voie d'une maladie mentale, peut-être plus tôt qu'on ne le croit, et que le dommage est déjà fait» (p. 120). Ainsi, après 14 jours d'enquête et d'audition durant lesquels il a eu l'incalculable avantage de voir et d'entendre toutes les parties intéressées au litige, y compris l'enfant, ainsi que trois témoins experts, le juge conclut (à la p. 120):

[TRADUCTION] . . . cette affaire est si terrible que je crois en toute conscience que, même si elle est libre comme l'air, cette enfant vit dans une prison psychologique subtile créée par un père sincère et très intelligent.

Je dois conclure que cette enfant a été marginalisée et est dans un état psychologique précaire . . .

À ce stade, il convient de rappeler qu'il y a lieu d'accorder une grande déférence aux conclusions de fait du juge de première instance. Selon une jurisprudence bien établie, l'intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait du juge de première instance n'est justifiée que si le juge a commis une erreur manifeste, a ignoré une preuve déterminante ou un élément de preuve pertinent, a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées (*P. (D.) c. S. (C.)*, précité, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé)). À l'instar de la Cour d'appel, je ne relève aucune erreur de cette nature de la part du juge de première instance en l'espèce. Par conséquent, à la lumière de ces conclusions de fait qui sont par ailleurs non contestées devant nous, il m'apparaît que le juge de première

was in the child's interests to order that she be returned to her mother.

89 In the final analysis, despite the fact that the arguments before the trial judge were made in the context of the Act and concerned a motion for custody of the child, they ultimately related to the child's best interests. Whatever the law he applied, the trial judge found, on the basis of complete evidence, that it was contrary to the child's interests to remain with the appellant. He therefore dismissed the appellant's motion and, as he had the authority to do in exercising his jurisdiction, ordered that the child be returned to the United States, first ensuring that her interests would be served by such an order. It must be noted that, on the date the judgment was rendered, the most recent judgment in Maryland concerning the child's custody was that rendered by the Circuit Court on May 8, 1990 (affirmed on May 14, 1991 by the Court of Special Appeals), which modified *ex parte* the original custody order in favour of the appellant and awarded custody to the respondent until arguments on the merits of custody could be heard. In this context, the order that the child be returned was in the nature of an interim order.

90 Since the judge ruled on the child's best interests in dismissing the appellant's motion, there is nothing to be gained from remitting the matter to the trial court for a determination on the merits of the child's custody, especially in view of the fact that the respondent did not request this in her conclusions in the Superior Court, the Court of Appeal or this Court and in view of the proceedings instituted in Maryland, where the child and her mother have returned.

V. Summary

91 Even though the parties admitted that the Act was applicable to the proceedings, the courts were not bound by that admission. In the case at bar, in light of the broad concept of custody recognized by the Convention and enshrined in the Act, the Act is not applicable. When the child was

instance a eu raison de conclure qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'ordonner son retour avec sa mère.

En définitive, malgré le fait que le débat devant le juge du procès se soit déroulé dans le cadre de la Loi, et qu'il concernait une requête pour la garde de l'enfant, ce débat a ultimement porté sur le meilleur intérêt de l'enfant. Quelle qu'ait été la loi appliquée, le juge de première instance, à partir d'une preuve complète, a conclu qu'il était contraire à l'intérêt de l'enfant de demeurer avec l'appellant. En conséquence, il a rejeté la requête de l'appellant et, comme il en avait le pouvoir dans le cadre de l'exercice de sa compétence, a ordonné le retour de l'enfant aux États-Unis en s'assurant préalablement que son intérêt serait préservé par une telle ordonnance. À la date à laquelle ce jugement fut rendu, il faut noter que le jugement le plus récent rendu au Maryland relativement à la garde de l'enfant était celui du 8 mai 1990 de la Cour de circuit (confirmé le 14 mai 1991 par la Cour des appels spéciaux) par lequel l'ordonnance originale de garde de l'enfant en faveur de l'appellant avait été modifiée *ex parte* de façon à accorder la garde à l'intimée jusqu'à ce qu'un débat sur le fond de cette question ait lieu. L'ordonnance de retour de l'enfant dans ce contexte est de la nature d'une ordonnance provisoire.

Le juge s'étant déjà prononcé sur le meilleur intérêt de l'enfant en rejetant la requête de l'appellant, il n'y a aucun avantage à retourner le dossier en première instance pour une détermination sur le fond de la garde de l'enfant, d'autant plus, d'ailleurs, que l'intimée ne l'a pas requis dans ses conclusions devant la Cour supérieure, la Cour d'appel ou notre Cour et vu les procédures engagées au Maryland là où l'enfant et sa mère sont retournées.

V. Résumé

Même si les parties ont admis que la Loi s'appliquait au litige, les tribunaux n'étaient pas liés par cette admission. En l'instance, compte tenu de la notion large de garde reconnue par la Convention et entérinée par la Loi, celle-ci ne trouve pas application. En effet, au moment du déplacement de

removed, the respondent had no rights of custody within the meaning of the Act and there were no proceedings for modifying the appellant's rights of custody, which had been awarded to him on a permanent basis.

Since the child was domiciled or resided with the appellant in Quebec, art. 70 *C.C.P.* and Quebec conflict of jurisdictions rules gave the Superior Court jurisdiction to hear and determine the appellant's motion for custody of the child. In this regard, the child's best interests were the only criterion that should have guided the court under art. 30 *C.C.L.C.* (now art. 33 *C.C.Q.*).

The fact that the trial judge dealt with the appellant's motion under the Act rather than the *Civil Code of Québec* is of no consequence. Both have adopted a broad concept of custody — one that does not include access rights, *inter alia* in respect of the choice of the child's place of residence — and the best interests of the child are the common standard. In the case at bar, the judge in fact determined that the child was at risk with her father by applying the test of the child's best interests. In addition, as he was authorized to do by art. 46 *C.C.P.* in exercising his jurisdiction over custody, the judge ordered that the child be returned to the United States after finding that her interests would be served by such an order.

In view of the deference that must be shown to the findings of fact by the trial judge, who heard all the interested parties and lengthy expert evidence, in view of the concept of custody under the *Civil Code of Québec*, which is similar to that under the Act, and in view of the criterion of the child's best interests, which in fact guided the judge in dismissing the appellant's motion and ordering that the child be returned to the United States, the trial judge's decision must be affirmed.

VI. Disposition

Although for different reasons than those given by the Court of Appeal, I am of the view that the

l'enfant, l'intimée ne détenait pas un droit de garde au sens de la Loi et il n'existait aucune instance visant à modifier le droit de garde de l'appellant, droit qui lui avait été attribué de façon permanente.

Étant donné que l'enfant était domiciliée ou résidait au Québec avec l'appellant, l'art. 70 *C.p.c.* ainsi que les règles québécoises de conflit de juridictions attribuaient compétence à la Cour supérieure pour connaître de la requête de l'appellant pour la garde de l'enfant. À cet égard, le meilleur intérêt de l'enfant était le seul critère devant guider le tribunal en vertu de l'art. 30 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 33 *C.c.Q.*).

Que le juge de première instance ait disposé de la requête de l'appellant dans le cadre de la Loi plutôt que du *Code civil du Québec* est sans conséquence. Tous deux retiennent une notion large de garde — notion dont ne fait pas partie le droit de visite, notamment en ce qui concerne le choix du lieu de résidence de l'enfant — et le meilleur intérêt de l'enfant est la norme commune. En l'espèce, le juge a effectivement déterminé que l'enfant était en danger avec son père appliquant le test du meilleur intérêt de l'enfant. De surcroît, comme il en avait le pouvoir en vertu de l'art. 46 *C.p.c.* dans le cadre de sa compétence en matière de garde, le juge a ordonné le retour de l'enfant aux États-Unis après avoir conclu que son intérêt serait préservé par une telle ordonnance.

Compte tenu de la déférence dont il y a lieu de faire preuve à l'endroit des conclusions de fait du juge du procès, qui a entendu toutes les parties intéressées ainsi qu'une longue preuve d'experts, de la notion de garde au sens du *Code civil du Québec*, similaire à celle qui prévaut en vertu de la Loi, ainsi que du critère du meilleur intérêt de l'enfant qui l'a effectivement guidé pour rejeter la requête de l'appellant et ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis, la décision du juge de première instance doit être confirmée.

VI. Dispositif

Bien que pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel, je suis d'avis que le dispositif du

92

93

94

95

disposition in the Superior Court's judgment was correct. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

96 SOPINKA J. — I agree with L'Heureux-Dubé J., subject to the reservation expressed by McLachlin J.

The following are the reasons delivered by

97 CORY J. — I agree with L'Heureux-Dubé J., subject to the reservation expressed by McLachlin J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Ghislain Richer, Sherbrooke.

Solicitors for the respondent: Laroche Alric, Sherbrooke.

Solicitors for the mis en cause Blais: Lecompte, Allaire & Chiasson, Sherbrooke.

jugement de la Cour supérieure est bien fondé. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, avec la même réserve que celle exprimée par le juge McLachlin.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, avec la même réserve que celle exprimée par le juge McLachlin.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant: Ghislain Richer, Sherbrooke.

Procureurs de l'intimée: Laroche Alric, Sherbrooke.

Procureurs du mis en cause Blais: Lecompte, Allaire & Chiasson, Sherbrooke.

Mara Properties Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARA PROPERTIES LTD.

File No.: 24684.

1996: May 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income Tax — Non-capital loss — Company disposing of trading asset acquired from subsidiary — Whether property retained character as inventory.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1995] 2 F.C. 433, 95 D.T.C. 5168, [1995] 2 C.T.C. 86, 179 N.R. 363, allowing an appeal from a judgment of Kempo J.T.C.C., 93 D.T.C. 1449, [1993] 2 C.T.C. 3189. Appeal allowed.

Warren J. A. Mitchell, Q.C., and Karen Sharlow, for the appellant.

Roger Taylor and Brent Paris, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — We agree with the conclusion reached by the Tax Court and McDonald J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal, [1995] 2 F.C. 433, 95 D.T.C. 5168, [1995] 2 C.T.C. 86, 179 N.R. 363. In our view, in the circumstances of this case, the property retained its character as inventory in the hands of the appellant.

Accordingly, the appeal is allowed with costs throughout, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the judgment of the Tax Court, 93 D.T.C. 1449, [1993] 2 C.T.C. 3189, is restored.

Mara Properties Limited *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARA PROPERTIES LTD.

N° du greffe: 24684.

1996: 21 mai.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Perte autre qu'en capital — Vente par la société d'un actif engagé acquis d'une filiale — Le bien conservait-il sa nature de stock?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1995] 2 C.F. 433, 95 D.T.C. 5168, [1995] 2 C.T.C. 86, 179 N.R. 363, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Kempo de la Cour canadienne de l'impôt, 93 D.T.C. 1449, [1993] 2 C.T.C. 3189. Pourvoi accueilli.

Warren J. A. Mitchell, c.r., et Karen Sharlow, pour l'appelante.

Roger Taylor et Brent Paris, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous souscrivons à la conclusion retenue par la Cour de l'impôt et par le juge McDonald, dissident en Cour d'appel, [1995] 2 C.F. 433, 95 D.T.C. 5168, [1995] 2 C.T.C. 86, 179 N.R. 363. À notre avis, compte tenu des circonstances de l'espèce, le bien conservait sa nature de stock entre les mains de l'appelante.

En conséquence, le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement de la Cour de l'impôt, 93 D.T.C. 1449, [1993] 2 C.T.C. 3189, est rétabli.

1

2

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: Thorsteinssons,
Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante: Thorsteinssons,
Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Department of
Justice, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la
Justice, Vancouver.*

Robert Wright *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WRIGHT

File No.: 24839.

1996: May 22.

Present: La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Sexual assault — Trial judge erring in relying on contents of complainant's diary as corroboration of her testimony since diary had not been introduced into evidence — Court of Appeal not erring in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1995] O.J. No. 2279 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual assault and sexual interference. Appeal dismissed.

Richard Litkowski, for the appellant.*Roger A. Pinnock*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — This appeal comes to us as of right. In the circumstances of this case, we are all of the view that the Court of Appeal did not err in applying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.***Robert Wright** *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. WRIGHT

N° du greffe: 24839.

1996: 22 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Preuve — Agression sexuelle — Erreur commise par le juge du procès en corroborant le témoignage de la plaignante au moyen du contenu de son journal intime non produit en preuve — Cour d'appel ne commettant pas d'erreur en appliquant une disposition réparatrice — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Lois et règlements cités*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1995] O.J. No. 2279 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et de contacts sexuels. Pourvoi rejeté.

Richard Litkowski, pour l'appellant.*Roger A. Pinnock*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi de plein droit. Dans les circonstances de la présente affaire, nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en appliquant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: Richard Litkowski,
Toronto.*

*Procureur de l'appelant: Richard Litkowski,
Toronto.*

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

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

Hardip Singh Rarru *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RARRU

File No.: 24865.

1996: May 22.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Charge to jury — Sexual offences — Accused charged with twelve counts involving six complainants — Trial judge's instructions inadequate — Convictions set aside and new trial ordered.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 62 B.C.A.C. 81, 103 W.A.C. 81, dismissing the accused's appeal from his convictions for sexual assault and related offences. Appeal allowed and new trial ordered.

S. R. Chamberlain, Q.C., for the appellant.

John M. Gordon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We agree with the reasons of Rowles J.A., dissenting in the Court of Appeal, that the charge to the jury was erroneous. In the circumstances of this case it was incumbent on the trial judge not only to instruct the jury that evidence on one count was not to be used on other counts but further to warn about the dangers of the potential influence of evidence of numerous alleged criminal acts which were not the subject of a particular count. The charge was inadequate in this respect. These omissions were exacerbated by the invitation to the jury to consider the address of

Hardip Singh Rarru *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. RARRU

N° du greffe: 24865.

1996: 22 mai.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Infractions d'ordre sexuel — Accusé inculpé de douze chefs d'accusation concernant six plaignantes — Directives inadéquates du juge du procès — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 62 B.C.A.C. 81, 103 W.A.C. 81, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à des accusations d'agression sexuelle et d'autres infractions connexes. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

S. R. Chamberlain, c.r., pour l'appelant.

John M. Gordon, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous faisons nôtres les motifs de dissidence du juge Rowles de la Cour d'appel qui a conclu que le juge du procès avait fait erreur dans son exposé au jury. Dans les circonstances de l'espèce, il incombait au juge du procès, dans ses directives, non seulement d'indiquer aux jurés que la preuve présentée à l'égard d'un chef d'accusation ne devait pas être utilisée à l'égard des autres chefs, mais également de les mettre en garde contre le risque d'être influencés par la preuve relative aux nombreux actes criminels reprochés qui ne faisaient pas l'objet d'un

counsel for the Crown. In view of this conclusion, it is not necessary to deal with the additional ground on which leave to appeal was granted.

chef d'accusation précis. L'exposé était inadéquat sur ce point. Ces omissions ont été exacerbées par l'invitation faite au jury de prendre en considération l'exposé de l'avocat du ministère public. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner l'autre motif sur le fondement duquel l'autorisation de pourvoi a été accordée.

² The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal and the convictions are set aside and a new trial is ordered.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel et les déclarations de culpabilité sont annulés et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: S. R. Chamberlain, Richmond.

Procureur de l'appellant: S. R. Chamberlain, Richmond.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Alain Labonté *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LABONTÉ

File No.: 24768.

1996: May 28.

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

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Trial judge giving inadequate instructions concerning complicity as alternative basis for accused's guilt — Court of Appeal ordering new trial on robbery charge — Court of Appeal's judgment upheld.***Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1995), 68 Q.A.C. 225, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal in part and ordering a new trial on the charge of robbery. Appeal dismissed.

Michel LeBrun and *Sylvie Roy*, for the appellant.*Jean-François Royer* and *Jacques Gauvin*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — The evidence at trial concerning the charge of robbery provided a basis for two theories, guilt based on the direct commission of the crime and guilt based on being a party pursuant to s. 21(1) of the *Criminal Code*. Both the Crown and the defence wished the judge to instruct the jury on complicity as an alternative basis for

Alain Labonté *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LABONTÉ

N° du greffe: 24768.

1996: 28 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Directives inadéquates du juge du procès relativement à la complicité comme autre motif de culpabilité de l'accusé — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel relativement au chef d'accusation de vol qualifié — Arrêt de la Cour d'appel confirmé.***Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1995), 68 Q.A.C. 225, qui a accueilli en partie l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement au chef d'accusation de vol qualifié. Pourvoi rejeté.

Michel LeBrun et *Sylvie Roy*, pour l'appellant.*Jean-François Royer* et *Jacques Gauvin*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — La preuve au procès concernant l'accusation de vol qualifié donnait ouverture à deux théories, la culpabilité fondée sur la commission directe du crime et celle fondée sur la participation au sens du par. 21(1) du *Code criminel*. Tant la Couronne que la défense voulaient que le juge instruisse le jury sur la complicité comme

the appellant's guilt. The judge did not do so, or at least did so inadequately.

fondement alternatif de la culpabilité de l'appelant. Le juge ne l'a pas fait, ou du moins l'a fait de façon inadéquate.

² This error warrants the ordering of a new trial. The appeal is dismissed.

Cette erreur justifie l'ordonnance d'un nouveau procès. Le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Godin, Saint-Amant & LeBrun, Trois-Rivières; Roy & Bergeron, Trois-Rivières.

Procureurs de l'appelant: Godin, Saint-Amant & LeBrun, Trois-Rivières; Roy & Bergeron, Trois-Rivières.

Solicitor for the respondent: Jean-François Royer, Victoriaville.

Procureur de l'intimée: Jean-François Royer, Victoriaville.

Alton William Royer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROYER

File No.: 24640.

1996: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Defences — Intoxication — Charge to jury — Alleged failure to relate effects of intoxication to common sense inference not occasioning miscarriage of justice.**Evidence — Witnesses — Re-examination — Any error resulting from reexamination not occasioning miscarriage of justice.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 77 O.A.C. 309, dismissing an appeal from conviction by Chilcott J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Rosalind E. Conway, for the appellant.*David Butt*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — Looking at the charge as a whole we can find no error of any significance in the careful instructions given by the trial judge to the jury. On the other issues, particularly as to the Crown's reexamination of the complainant on the fifth statement given by her, we are in agreement with the reasons expressed by the Ontario Court of Appeal (1995), 77 O.A.C. 309. Any error resulting from this reexamination of the complainant did not occasion any miscarriage of justice.

Alton William Royer *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROYER

N° du greffe: 24640.

1996: 29 mai.

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

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

*Droit criminel — Moyens de défense — Intoxication — Exposé au jury — Aucune erreur judiciaire engendrée par l'omission alléguée d'établir un lien entre les effets de l'intoxication et la déduction conforme au bon sens.**Preuve — Témoins — Réinterrogatoire — Toute erreur pouvant découler du réinterrogatoire n'a pas engendré d'erreur judiciaire.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 77 O.A.C. 309, qui a rejeté un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Chilcott siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Rosalind E. Conway, pour l'appellant.*David Butt*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Après avoir examiné l'exposé dans son ensemble, nous ne constatons aucune erreur grave dans les directives minutieuses données par le juge du procès au jury. Pour ce qui est des autres questions en litige, particulièrement du réinterrogatoire de la plaignante par le ministère public concernant sa cinquième déclaration, nous souscrivons aux motifs de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 77 O.A.C. 309. Toute erreur pouvant découler de ce réinterrogatoire de la plaignante n'a pas engendré d'erreur judiciaire.

2

As to the alleged failure to relate the effects of intoxication specifically to the common sense inference if it occurred it did not occasion a miscarriage of justice. The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Rosalind E. Conway, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Si, comme on le prétend, il y a eu omission d'établir expressément un lien entre les effets de l'intoxication et la déduction conforme au bon sens, cette omission n'a pas engendré d'erreur judiciaire. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Rosalind E. Conway, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1996 Vol. 2

2^e cahier, 1996 Vol. 2

Cited as [1996] 2 S.C.R. 171-344

Renvoi [1996] 2 R.C.S. 171-344

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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

CONTENTS

R. v. Audet..... 171

Criminal law — Sexual offences — Persons in position of authority — Teachers — Elements of offence of sexual exploitation — Meaning of terms "position of authority" and "position of trust" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 153(1).

R. v. Clement..... 289

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police searching accused's car — Evidence supporting trial judge's finding that accused gave his consent to the search freely and voluntarily — No infringement of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — 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

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

SOMMAIRE

R. c. Audet..... 171

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Personnes en situation d'autorité — Enseignants — Éléments de l'infraction d'exploitation sexuelle — Sens des expressions «situation d'autorité» et «situation de confiance» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 153(1).

R. c. Clement..... 289

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille du véhicule de l'accusé par les policiers — Éléments de preuve étayant la conclusion du juge du procès que l'accusé a consenti librement et volontairement à la fouille — Aucune atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Hebert..... 272

Criminal law — Charge to jury — Self-defence — Accused charged with aggravated assault of his father — Trial judge's charge to jury with respect to self-defence containing serious errors of law — Whether accused's conviction should stand — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Laperrière..... 284

Criminal law — Procedure — Plea — Accused's guilty pleas resulting from undue influence of his counsel — Pleas quashed.

R. v. Liakas..... 286

Constitutional law — Charter of Rights — Pre-trial procedure — Stay ordered after lengthy pre-trial delay but set aside on appeal — Whether stay can be ordered absent proof of impairment of ability to present full answer and defence or proof of oppressive or vexatious behaviour on part of Crown or police.

R. v. McKarris 287

Constitutional law — Charter of Rights — Search or seizure — Accused acquitted of possession of narcotic for purpose of trafficking — Court of Appeal setting aside acquittal — Exigent circumstances authorizing police to conduct search — Search conducted in reasonable manner — Court of Appeal's judgment upheld — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. R. (D.)..... 291

Criminal law — Evidence — Hearsay — Young child telling foster mother and physician that her father had sexually abuse her — Child unable to remember incident at trial — Whether out-of-court statements made by child admissible.

Criminal law — Evidence — Expert witness — Defence expert in area of sexually abused children prevented by trial judge from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events — Whether expert testimony should have been admitted.

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Credibility of witnesses — Children alleging that they were sexually and physically abused by accused — Therapist present during police interviews of children — Defence not permitted to use transcripts of interviews to cross-examine therapist on interview techniques employed — Defence seeking to show that children may have been coached or manipulated — Whether trial judge erred in restricting cross-examination — Whether children's credibility a collateral issue.

Criminal law — Evidence — Sufficiency — Accused convicted of sexual assault — Children's testimony against one accused similar to their testimony against another accused — Whether evidence too weak to support conviction.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Hebert..... 272

Droit criminel — Exposé au jury — Légitime défense — Accusé inculpé de voies de fait graves contre son père — Erreurs de droit graves dans l'exposé du juge du procès au jury concernant la légitime défense — La déclaration de culpabilité de l'accusé devrait-elle être maintenue — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Laperrière..... 284

Droit criminel — Procédure — Plaidoyer — Plaidoyers de culpabilité de l'accusé résultant de l'influence indue de son avocat — Plaidoyers annulés.

R. c. Liakas..... 286

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure préalable au procès — Arrêt des procédures ordonné en raison d'un long délai antérieur au procès, mais annulé en appel — L'arrêt des procédures peut-il être ordonné en l'absence de preuve d'une diminution de la capacité de présenter une défense pleine et entière ou de preuve d'un comportement oppressif ou vexatoire de la part du ministère public ou de la police?

R. c. McKarris 287

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie — Accusé acquitté de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic — Rejet de l'acquittement par la Cour d'appel — Situation d'urgence autorisant la police à effectuer une perquisition — Perquisition effectuée de façon raisonnable — Jugement de la Cour d'appel maintenu — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. R. (D.)..... 291

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Jeune enfant ayant dit à sa mère du foyer d'accueil et à un médecin que son père l'avait agressée sexuellement — Enfant incapable de se souvenir de l'épisode au procès — Les déclarations extrajudiciaires de l'enfant étaient-elles admissibles?

Droit criminel — Preuve — Témoin expert — Juge du procès empêchant l'expert de la défense en matière d'enfants victimes d'abus sexuels de témoigner au sujet des conclusions qu'il a tirées sur la fiabilité du souvenir que les enfants avaient d'événements précis — Le témoignage de l'expert aurait-il dû être admis?

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Crédibilité de témoins — Enfants alléguant avoir été victimes d'abus sexuels et physiques de la part des accusés — Thérapeute présente lors des entretiens des enfants avec la police — Défense non autorisée à utiliser les transcriptions des entretiens pour contre-interroger la thérapeute sur les techniques d'entrevue utilisées — Défense cherchant à montrer que les enfants pou-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Trial — Verdicts — Trial judge convicting accused of sexual assault while acquitting them of gross indecency — Whether trial judge's findings inconsistent.

Criminal law — Trial — Verdicts — Inadequate reasons — Accused convicted of assault causing bodily harm — Trial judge failing to address troublesome evidence and to identify basis on which she convicted accused — Whether new trial should be ordered.

R. v. Sarson 223

Criminal law — Prerogative writs — *Habeas corpus* — Accused convicted of murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 15 years — Accused convicted under provision subsequently struck down as unconstitutional — Whether accused's continued detention gives rise to right to *habeas corpus*.

R. v. Seymour 252

Criminal law — *Mens rea* — Murder — Drunkenness — Accused convicted of second degree murder after stabbing wife to death — Whether trial judge erred in instructing jury as to effect of drunkenness on requisite intent for murder — Whether trial judge should have used two-stage charge allowing jury to consider whether degree of drunkenness was such as to negate accused's capacity to form intent — Whether trial judge failed to instruct jury adequately on effect of drunkenness on accused's ability to foresee consequences of acts.

R. v. Terry 207

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter outside Canada's boundaries — Evidence obtained abroad according to foreign local law — Foreign law requiring less exacting procedural standard than Charter — Whether failure of foreign police to comply with Canadian law rendering evidence so obtained inadmissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(2).

Evidence — Admissibility — Poem and dream similar to facts — Whether or not poem and evidence of dream admissible.

SOMMAIRE (Fin)

vaient avoir été influencés ou manipulés — Le juge du procès a-t-elle commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire? — La crédibilité des enfants est-elle une question accessoire?

Droit criminel — Preuve — Caractère suffisant — Accusés déclarés coupables d'agression sexuelle — Témoignage des enfants contre un accusé semblable à celui qu'ils ont présenté contre un autre accusé — La preuve était-elle trop faible pour justifier une déclaration de culpabilité?

Droit criminel — Procès — Verdicts — Juge du procès déclarant les accusés coupables d'agression sexuelle tout en les déclarant non coupables de grossière indécence — Les conclusions du juge du procès sont-elles incohérentes?

Droit criminel — Procès — Verdicts — Motifs insuffisants — Accusés déclarés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles — Juge du procès n'ayant pas traité d'éléments de preuve troublants et n'ayant pas indiqué sur quoi elle s'est fondée pour déclarer les accusés coupables — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

R. c. Sarson 223

Droit criminel — Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Accusé déclaré coupable de meurtre et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans — Accusé déclaré coupable en vertu d'une disposition ultérieurement déclarée inconstitutionnelle — Le maintien de la détention de l'accusé donne-t-elle droit à l'*habeas corpus*?

R. c. Seymour 252

Droit criminel — *Mens rea* — Meurtre — Ivresse — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir tué son épouse à coups de couteau — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans les directives qu'il a données au jury relativement à l'effet de l'ivresse sur l'intention requise pour commettre un meurtre? — Le juge du procès aurait-il dû recourir à un exposé en deux temps qui aurait permis au jury de se demander si le degré d'ivresse était élevé au point d'annihiler la capacité de l'accusé de former l'intention? — Le juge du procès a-t-il omis de donner au jury des directives suffisantes quant à l'effet de l'ivresse sur la capacité de l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes?

R. c. Terry 207

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte à l'extérieur du Canada — Éléments de preuve obtenus à l'étranger conformément au droit interne du pays étranger — Droit étranger prescrivant une norme procédurale moins stricte que la Charte — L'omission de la police étrangère de se conformer au droit canadien rend-elle inadmissible la preuve ainsi obtenue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(2).

Preuve — Admissibilité — Poème et rêve semblables aux faits — Le poème et la preuve du rêve sont-ils admissibles?

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Yves Audet *Respondent*

INDEXED AS: R. v. AUDET

File No.: 24653.

1996: January 25; 1996: May 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Sexual offences — Persons in position of authority — Teachers — Elements of offence of sexual exploitation — Meaning of terms “position of authority” and “position of trust” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 153(1).

The accused, a 22-year-old teacher, was charged, under s. 153(1) of the *Criminal Code*, with touching a young person for a sexual purpose while in a position of trust or authority towards her. The accused went to a nightclub with a friend a few weeks after the summer holidays began. By chance, he there encountered the young person, then 14 years of age, whom he had taught during the school year when she was in Grade 8. She was accompanied by two of her cousins, both in their twenties. At about two o'clock in the morning, at the suggestion of the accused's friend, the group went to a cottage. The young person stated during her testimony that the accused complained of a headache and went to lie down in a room containing two beds. Shortly thereafter, the young person joined the accused and lay down in the same bed. She also fell asleep. During the night, the accused and the young person woke up and engaged in oral sex. In a statement to the authorities that was adduced in evidence at trial, the accused admitted that he had initiated the touching. At the time of the incident, he had already been informed that his contract of employment had been renewed for the following year and that he would again be teaching students in Grades 7, 8 and 9 at the young person's school. The accused was acquitted on the ground that he was not in a position of trust or authority towards the young person at the time of the incident. The Court of Appeal affirmed the acquittal in a majority decision.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Yves Audet *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. AUDET

N° du greffe: 24653.

1996: 25 janvier; 1996: 30 mai.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Personnes en situation d'autorité — Enseignants — Éléments de l'infraction d'exploitation sexuelle — Sens des expressions «situation d'autorité» et «situation de confiance» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 153(1).

L'accusé, un professeur âgé de 22 ans, a été inculpé, en vertu du par. 153(1) du *Code criminel*, d'avoir touché à des fins d'ordre sexuel une adolescente alors qu'il était en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'elle. Quelques semaines après le début des vacances d'été, l'accusé se rend dans un club de nuit en compagnie d'un ami. Il y rencontre fortuitement l'adolescente, alors âgée de 14 ans, à qui il avait enseigné durant l'année scolaire alors qu'elle complétait sa huitième année. Elle est accompagnée de deux cousines dans la vingtaine. Vers deux heures du matin, à la suggestion de l'ami de l'accusé, le groupe se rend dans un chalet. Dans son témoignage, l'adolescente indique que l'accusé s'est plaint de maux de tête et est allé se coucher dans une chambre où il y avait deux lits. Peu après, l'adolescente le rejoint et se couche dans le même lit que l'accusé. À son tour, elle s'endort. Durant la nuit, l'accusé et l'adolescente se réveillent et ont des rapports sexuels oraux. Dans une déclaration faite aux autorités et mise en preuve lors du procès, l'accusé reconnaît avoir commencé les attouchements. Au moment de l'incident, il avait déjà été avisé que son contrat d'emploi avait été renouvelé pour l'année suivante et qu'il enseignerait de nouveau aux élèves de septième, huitième et neuvième années à l'école fréquentée par l'adolescente. L'accusé a été acquitté pour le motif qu'au moment de l'incident il n'était ni en situation d'autorité, ni en situation de confiance vis-à-vis de l'adolescente. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé le verdict d'acquiescement.

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Parliament passed s. 153 of the *Criminal Code* to protect young persons who are in a vulnerable position towards certain persons because of an imbalance inherent in the nature of the relationship between them. To obtain a conviction under this provision, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the complainant is a young person within the meaning of s. 153(2), that the accused engaged in one of the activities referred to in s. 153(1) and, finally, that at the time the acts in question were committed the accused was in a position of trust or authority towards the young person or the young person was in a relationship of dependency with the accused. The Crown must also prove that the accused had the *mens rea* required for each element of the offence. It does not have to prove, however, that the accused actually exploited his or her privileged position with respect to the young person. To attain its objective in passing s. 153(1), Parliament chose to criminalize the sexual activity itself, regardless of whether it is consensual (s. 150.1(1) of the *Code*), in so far as it involves a person who is in a position or relationship referred to in s. 153(1) with respect to the young person. In this case, it is clear from the trial judge's reasons that he assumed the Crown had to prove that the accused had abused or exploited his particular position towards the young person. The trial judge and, incidentally, the Court of Appeal therefore erred in law in incorrectly assessing the nature of the constituent elements of the offence set forth in s. 153(1).

The words "authority" and "trust" used in s. 153(1) must be interpreted in accordance with their ordinary meaning and the term "position of authority" must not be restricted to cases in which the relationship of authority stems from a role of the accused but must extend to any relationship in which the accused actually exercises such a power. In declining to include in s. 153(1) a list of the cases in which a person must refrain from sexual contact with a young person, Parliament intended to direct the analysis to the nature of the relationship between the young person and the accused rather than to their status in relation to each other. The definition of the terms "position of authority" and "position of trust", like the determination in each case of the nature of the relationship between the young person and the accused, must take into account the purpose and objective pursued by Parliament. It will be up to the trial judge to

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Le législateur a adopté l'art. 153 du *Code criminel* dans le but de protéger les adolescents se trouvant en position de vulnérabilité vis-à-vis de certaines personnes en raison d'un déséquilibre inhérent à la nature de la relation qu'ils vivent avec celles-ci. Pour obtenir une condamnation fondée sur cette disposition, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que le plaignant est un adolescent au sens du par. 153(2), que l'accusé s'est livré à l'une des activités énumérées au par. 153(1) et, enfin, que ce dernier était, lors de l'accomplissement des actes en question, en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis de l'adolescent, ou encore que ce dernier était alors en situation de dépendance par rapport à l'accusé. Le ministère public doit aussi établir l'existence de la *mens rea* nécessaire à l'égard de chacun des éléments de l'infraction. Il n'a toutefois pas à prouver que l'accusé a effectivement exploité la situation privilégiée dans laquelle il se trouvait par rapport à l'adolescent. Pour atteindre son objectif, le législateur a choisi, en adoptant le par. 153(1), de criminaliser l'activité sexuelle elle-même, qu'elle soit consensuelle ou non (par. 150.1(1) du *Code*), dans la mesure où y participe une personne se trouvant, vis-à-vis de l'adolescent, dans l'une des situations énumérées. En l'espèce, il ressort clairement des motifs du juge du procès qu'il a tenu pour acquis que le ministère public devait prouver que l'accusé avait abusé ou tiré profit de sa situation particulière par rapport à l'adolescente. Le juge du procès et, incidemment, la Cour d'appel ont donc commis une erreur de droit en évaluant incorrectement la nature des éléments constitutifs de l'infraction prévue au par. 153(1).

Les mots «autorité» et «confiance» utilisés au par. 153(1) doivent être interprétés selon leur sens courant et l'expression «situation d'autorité» ne doit pas être limitée aux cas où la relation d'autorité découle d'une quelconque fonction exercée par l'accusé, mais elle doit s'étendre à toute relation dans le cadre de laquelle l'accusé exerce en fait un tel pouvoir. En refusant d'énumérer spécifiquement au par. 153(1) les cas où une personne devait éviter tout contact sexuel avec un adolescent, le législateur a voulu faire porter l'analyse sur la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé plutôt que sur leur statut l'un par rapport à l'autre. La définition de la portée des expressions «situation d'autorité» et «situation de confiance», tout comme la détermination dans chaque cas de la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé, doit se faire en fonction du but et de l'objectif poursuivi par le législateur. Il reviendra

take into account all the factual circumstances relevant to the characterization of the relationship between the two in order to determine whether the accused was in a position of trust or authority towards the young person or whether the young person was in a relationship of dependency with the accused at the time of the offence. Although teachers are not in a *de jure* position of trust or authority towards their students, they are in fact in such a position in the vast majority of cases given the importance of the role entrusted to them by society. In the absence of evidence raising a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the existence of a position of trust or authority, to conclude that a teacher is not in such a position towards his or her students would be an error of law. This approach, which imposes an evidential burden on the accused, does not violate the presumption of innocence, since in the absence of such evidence, the unknown fact (the existence of a position of trust or authority) follows inexorably from the basic fact (the fact that the accused is the teacher of the complainant, his or her student). In such circumstances, there is no possibility that the accused will be convicted despite the existence of a reasonable doubt. Finally, such an approach does not have the effect of making the crime of sexual exploitation an absolute liability offence. The Crown is not relieved of its obligation to prove beyond a reasonable doubt that the accused had the *mens rea* required for each element of the offence, which is a specific intent offence.

In this case there is no circumstance relevant to the determination of the nature of the relationship between the accused and the young person that could raise a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the accused's position of trust towards the young person. Even though the incident took place during the summer holidays, those holidays had just begun and it appeared from the circumstances that the accused would be the young person's teacher once again. He was therefore at the very least in a position of trust towards her. This Court is accordingly justified in exercising the power conferred on it by s. 686(4) of the *Criminal Code* to set aside the verdict of acquittal entered by the trial judge and substitute a verdict of guilty, since it is clear that the accused would have been found guilty but for the trial judge's error in law. Furthermore, the trial judge made all the findings necessary to support a verdict of guilty.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): In enacting s. 153(1) of the *Code*, Parliament did not intend that teachers be conclusively presumed to be in positions of

au juge du procès de tenir compte de toutes les circonstances factuelles pertinentes à la qualification de la relation existant entre les deux, pour déterminer si l'accusé se trouvait en situation d'autorité ou de confiance par rapport à l'adolescent ou encore si ce dernier était en situation de dépendance par rapport à l'accusé au moment de l'infraction. Bien qu'un professeur ne soit pas *de jure* en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis de ses élèves, il le sera en fait dans la très grande majorité des cas vu l'importance du rôle que lui confie la société. En l'absence d'une preuve qui soulève dans l'esprit du juge des faits un doute raisonnable sur l'existence d'une situation de confiance ou d'autorité, conclure qu'un professeur n'est pas dans une telle situation vis-à-vis de ses élèves constituerait une erreur de droit. Cette approche, qui impose à l'accusé une charge de présentation, n'enfreint pas la présomption d'innocence puisqu'en l'absence d'une telle preuve le fait inconnu (l'existence d'une situation de confiance ou d'autorité) découle inexorablement du fait établi (la qualité de professeur de l'accusé vis-à-vis du plaignant, son élève). Dans de telles circonstances, il n'existe aucune possibilité que l'accusé puisse être condamné malgré l'existence d'un doute raisonnable. Finalement, une telle approche n'a pas pour effet de transformer le crime d'exploitation sexuelle en infraction de responsabilité absolue. Le ministère public n'est pas relevé de son obligation d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence de la *mens rea* nécessaire à l'égard de chacun des éléments de l'infraction, qui en est d'ailleurs une d'intention spécifique.

En l'espèce, il n'existe aucune circonstance pertinente à la qualification de la nature de la relation entre l'accusé et l'adolescente qui soit susceptible de soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la situation de confiance dans laquelle l'accusé se trouvait vis-à-vis de l'adolescente. Même si l'incident a eu lieu lors des vacances d'été, ces vacances venaient de débiter et les circonstances indiquent que l'accusé allait de nouveau enseigner à l'adolescente. Il était donc tout au moins en situation de confiance vis-à-vis de celle-ci. Notre Cour est donc justifiée d'exercer le pouvoir que lui confère le par. 686(4) du *Code criminel* de casser le verdict d'acquiescement prononcé par le juge du procès et d'y substituer un verdict de culpabilité puisque n'eût été l'erreur de droit commise par ce dernier, il est évident que l'accusé aurait été déclaré coupable. Le juge du procès a d'ailleurs tiré toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité.

Les juges Sopinka et Major (dissidents): En adoptant le par. 153(1) du *Code*, le législateur fédéral n'a pas voulu que les enseignants soient présumés de façon

trust or authority. Rather, it intended that each case be examined on its facts to determine whether an accused in fact occupied a position of trust or authority towards a young person. In light of the importance of their role in our society, in most cases teachers will have established a nurturing relationship with their students, and the degree of dependency necessary to establish a position of trust will exist. In each case, however, that position of trust should be based on the nature of the relationship between the particular teacher and the particular student and not simply on the teacher's status. To create as a matter of law a presumption of fact that teachers are automatically and in all circumstances in positions of trust or authority would make sexual exploitation an absolute liability offence in circumstances where the accused is a teacher. Any absolute liability offence when paired with the potential for imprisonment violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition, this approach would place an obligation on the accused teacher to disprove that a position of trust and authority existed. This is a burden that an accused in our system should not bear. The right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* is paramount and should not be compromised, whether by presumption of fact or otherwise.

On the facts of this case, the trial judge concluded that the accused was not in a position of trust or authority at the time of the sexual touching. There was sufficient evidence in the circumstances of this case to reach that conclusion. That finding of fact was supported by the majority in the Court of Appeal and should not, and cannot, be interfered with by this Court. To overturn an acquittal the Crown must demonstrate with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the judge, without a jury, properly instructed himself. Since the trial judge did not commit any error of law, the Crown has not met its onus.

Cases Cited

By La Forest J.

Distinguished: *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; **referred to:** *Léon v. La Reine*, [1992] R.L. 478; *R. v. L.A.M.* (1993), 86 Man. R. (2d) 179; *R. v. P.S.*, [1993] O.J. No. 704 (QL); *R. v. Palmer*, [1990] O.J. No. 51 (QL); *R. v. Hann (No. 2)* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 33; *R. v. Dunk* (1991), 117 A.R. 161; *R. v. G. (T.F.)* (1992),

décisive être des personnes en situation de confiance ou d'autorité. Le législateur a plutôt voulu qu'on examine chaque cas en fonction de ses faits pour déterminer si l'accusé était effectivement en situation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de l'adolescent. Compte tenu de l'importance du rôle des enseignants dans notre société, dans la plupart des cas, il s'établit une relation d'éducateur entre les enseignants et leurs élèves et le degré de dépendance sera suffisant pour qu'il existe une situation de confiance. Dans chaque cas, cependant, cette situation de confiance devrait être fondée sur la nature de la relation entre l'enseignant et l'élève dont il s'agit, et non pas simplement sur le statut de l'enseignant. Créer, en droit, une présomption de fait suivant laquelle les enseignants sont automatiquement et dans toutes les circonstances en situation de confiance ou d'autorité érigerait l'exploitation sexuelle en infraction de responsabilité absolue lorsque l'accusé est un enseignant. Toute infraction de responsabilité absolue à laquelle se rattache la possibilité d'une peine d'emprisonnement viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En outre, cette interprétation obligerait l'enseignant accusé à prouver qu'il n'était pas en situation de confiance ou d'autorité. Dans notre système, un accusé ne devrait pas avoir à s'acquitter d'un tel fardeau. Le droit d'être présumé innocent que l'al. 11d) de la *Charte* garantit est primordial et ne devrait pas être compromis, que ce soit par présomption de fait ou autrement.

Le juge du procès a conclu, suivant les faits de la présente affaire, que l'accusé n'était pas en situation de confiance ou d'autorité au moment des attouchements d'ordre sexuel. Dans les circonstances de l'affaire, la preuve était suffisante pour qu'il arrive à cette conclusion. La Cour d'appel à la majorité a confirmé cette conclusion de fait et notre Cour ne devrait pas, et ne peut pas, la modifier. Quand il s'agit d'infirmer un acquittement, le ministère public doit démontrer avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge, siégeant seul, s'était bien instruit du droit. Puisque le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit, le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec l'arrêt: *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; **arrêts mentionnés:** *Léon c. La Reine*, [1992] R.L. 478; *R. c. L.A.M.* (1993), 86 Man. R. (2d) 179; *R. c. P.S.*, [1993] O.J. No. 704 (QL); *R. c. Palmer*, [1990] O.J. No. 51 (QL); *R. c. Hann (No. 2)* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 33; *R. c. Dunk* (1991), 117

11 C.R. (4th) 221, leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. ix; *Eastman Photographic Materials Co. v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade-Marks*, [1898] A.C. 571; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Dussiaume* (1995), 98 C.C.C. (3d) 217, leave to appeal refused, [1995] 4 S.C.R. vi; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (QL); *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299.

By Major J. (dissenting)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d). *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 150.1(1) [ad. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 153 [rep. & sub. *idem*], 265(3), 271 [am. *idem*, s. 10; am. 1994, c. 44, s. 19], 272 [repl. 1995, c. 39, s. 145], 273 [am. *idem*, s. 146], 273.1 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 686(4) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145(3)], 693(1)(a) [*idem*, s. 146].

Authors Cited

Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.
 Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
 Coleman, Phyllis. "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 1986, "autorité", "confiance".
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, "authority", "confidence", "trust".

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1995), 155 N.B.R. (2d) 369, 398 A.P.R. 369, affirming the acquittal of the accused by McIntyre J. (1993), 142 N.B.R. (2d) 382, 364 A.P.R. 382, on a charge of sexual

A.R. 161; *R. c. G. (T.F.)* (1992), 11 C.R. (4th) 221, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 3 R.C.S. ix; *Eastman Photographic Materials Co. c. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade-Marks*, [1898] A.C. 571; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Dussiaume* (1995), 98 C.C.C. (3d) 217, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 4 R.C.S. vi; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (QL); *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

Citée par le juge Major (dissident)

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 150.1(1) [aj. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 153 [abr. & rempl. *idem*], 265(3), 271 [mod. *idem*, art. 10; mod. 1994, ch. 44, art. 19], 272 [rempl. 1995, ch. 39, art. 145], 273 [mod. *idem*, art. 146], 273.1 [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 686(4) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145(3)], 693(1)a [*idem*, art. 146].

Doctrine citée

Bryant, Alan W. «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.
 Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
 Coleman, Phyllis. «Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex» (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 1986, «autorité», «confiance».
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, «authority», «confidence», «trust».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 155 R.N.-B. (2^e) 369, 398 A.P.R. 369, qui a confirmé l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge McIntyre (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 382, 364 A.P.R. 382, relative-

exploitation of a young person contrary to s. 153(1) of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

François Doucet, for the appellant.

Anne E. Bertrand and *Paul A. Bertrand*, for the respondent.

English version of the judgment of *La Forest*, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. delivered by

ment à une accusation d'exploitation sexuelle d'une jeune personne contrairement au par. 153(1) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

François Doucet, pour l'appelante.

Anne E. Bertrand et *Paul A. Bertrand*, pour l'intimé.

Le jugement des juges *La Forest*, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin a été rendu par

¹ LA FOREST J. — For the first time, this Court has the opportunity to analyse the meaning and scope of s. 153(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which prohibits every person who is in a position of trust or authority towards a young person or with whom a young person is in a relationship of dependency from engaging in any sexual activity described in paras. (a) and (b) with that young person — even, according to s. 150.1(1) of the *Code*, where the activity is consensual. The instant appeal raises a number of issues concerning the nature of the constituent elements of the offence of sexual exploitation and the meaning and scope of the terms “position of authority” and “position of trust”.

I. Background

² On July 8, 1992, the respondent, a 22-year-old physical education teacher, went to a club in Campbellton, New Brunswick with a friend, Serge Maltais. By chance, he there encountered the complainant, whom he had taught during the 1991-92 school year when she was in Grade 8. The complainant, who had just turned 14 ten days earlier, was accompanied by two of her cousins, both in their twenties. The respondent did not hide his surprise at seeing one of his young students at a place where minors were not allowed. The respondent, Mr. Maltais, the complainant and her two cousins spent the evening together at the club. The complainant drank a few beers offered to her by her cousins.

LE JUGE LA FOREST — Notre Cour a pour la première fois l'occasion d'analyser le sens et la portée du par. 153(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui interdit à toute personne en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, ainsi qu'à toute personne à l'égard de laquelle un adolescent est en situation de dépendance, toute activité sexuelle décrite aux al. a) et b) — même consensuelle, nous précise le par. 150.1(1) du *Code* — à l'endroit de ce dernier. Le présent pourvoi soulève certaines questions relatives à la nature des éléments constitutifs de l'infraction d'exploitation sexuelle ainsi qu'au sens et à la portée des expressions «situation d'autorité» et «situation de confiance».

I. Le contexte

Le 8 juillet 1992, l'intimé, un professeur d'éducation physique âgé de 22 ans, se rend en compagnie d'un ami, Serge Maltais, à un club de Campbellton, au Nouveau-Brunswick. Par hasard, il y rencontre la plaignante, qui était une de ses élèves de huitième année pendant l'année scolaire 1991-1992. La plaignante, qui vient tout juste de célébrer son quatorzième anniversaire dix jours auparavant, est accompagnée de deux cousines dans la vingtaine. L'intimé ne dissimule pas sa surprise lorsqu'il aperçoit une de ses jeunes élèves fréquentant un endroit auquel l'accès est interdit aux mineurs. L'intimé, M. Maltais, la plaignante et ses deux cousines passent la soirée ensemble au club. La plaignante consomme quelques bières qui lui ont été offertes par ses cousines.

The respondent did not testify at trial. The complainant stated during her testimony that later in the evening, at Mr. Maltais' suggestion, the three young women accompanied the two young men to a cottage near Val-d'Amour. The respondent complained of a headache and decided to lie down in a room where there were two beds. Shortly thereafter, the complainant joined him and lay down next to him in the same bed. She also fell asleep. During the night, the respondent and the complainant woke up and engaged in oral sex. The complainant became increasingly uncomfortable and entreated the respondent to stop, which he did immediately. In a statement to the authorities, which was later adduced in evidence at trial, the accused admitted that he had initiated the touching. The respondent then asked the complainant to say nothing about the incident and told her that they might see each other again before the beginning of the next school year. He had in fact been informed 16 days before the incident that his contract of employment as a physical education teacher had been renewed for the 1992-93 school year. He had also been told that he would again be teaching students in Grades 7, 8 and 9 at the complainant's school.

The respondent was subsequently formally charged with touching the complainant for a sexual purpose while in a position of trust or authority towards her, thereby contravening s. 153(1) of the *Criminal Code*. He was acquitted at trial, a decision affirmed by the New Brunswick Court of Appeal on the ground that he was not in a position of trust or authority towards the complainant at the time of the incident. However, the Court of Appeal was divided on this issue. Ayles J.A. felt that the respondent was indeed in such a position towards the complainant and would have entered a verdict of guilty. In accordance with s. 693(1)(a) of the *Code*, the Crown appealed as of right to this Court on April 6, 1995.

L'intimé n'a pas témoigné au procès. Dans son témoignage, la plaignante raconte que, plus tard dans la soirée, à la suggestion de M. Maltais, les trois filles accompagnent les deux jeunes hommes à un chalet situé près de Val-d'Amour. Se plaignant de maux de tête, l'intimé décide d'aller se coucher dans une chambre où se trouvent deux lits. Peu après, la plaignante le rejoint et se couche à côté de lui, dans le même lit. À son tour, elle s'endort. Durant la nuit, l'intimé et la plaignante se réveillent et ont des rapports sexuels oraux. Devenant de plus en plus mal à l'aise, la plaignante implore l'intimé d'arrêter, ce qu'il fait aussitôt. Dans une déclaration faite aux autorités, qui sera ultérieurement mise en preuve lors du procès, l'accusé reconnaît avoir initié les attouchements. L'intimé demande ensuite à la plaignante de taire l'incident et lui mentionne qu'ils se reverraient peut-être avant le début de la prochaine année scolaire. En fait, il avait été avisé 16 jours avant l'incident que son contrat d'emploi à titre de professeur d'éducation physique avait été renouvelé pour l'année scolaire 1992-1993. On l'avait également informé qu'il enseignerait de nouveau aux élèves de septième, huitième et neuvième années, toujours à l'école fréquentée par la plaignante.

Subséquemment, l'intimé a été formellement accusé de s'être prêté à des attouchements à des fins d'ordre sexuel à l'endroit de la plaignante alors qu'il était en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'elle, contrevenant ainsi au par. 153(1) du *Code criminel*. Il a été acquitté à son procès, décision confirmée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, au motif qu'au moment de l'incident, il n'était ni en situation d'autorité, ni en situation de confiance vis-à-vis de la plaignante. La Cour d'appel était cependant divisée sur cette dernière question. Le juge Ayles considérait plutôt que l'intimé était bel et bien dans une telle situation face à la plaignante et aurait inscrit un verdict de culpabilité. Conformément à l'al. 693(1)a) du *Code*, la Couronne s'est pourvue de plein droit devant notre Cour le 6 avril 1995.

Court of Queen's Bench (1993), 142 N.B.R. (2d) 382

La Cour du Banc de la Reine (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 382

5 First of all, McIntyre J. was persuaded by the evidence that the incident had occurred at the place and time alleged in the indictment and that the complainant was at that time a young person within the meaning of s. 153(2) of the *Criminal Code*. He stated that the only real issue was whether the accused was a person in a position of trust or authority towards the complainant at the time of the incident.

Le juge McIntyre se dit d'abord convaincu par la preuve que l'incident a eu lieu à l'endroit et à la date allégués dans l'acte d'accusation et que la plaignante était alors une adolescente au sens du par. 153(2) du *Code criminel*. La seule question véritablement en litige, selon lui, est de savoir si l'accusé était, au moment où l'incident a eu lieu, une personne en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis de la plaignante.

6 McIntyre J. quoted and approved passages from the reasons of Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Léon v. La Reine*, [1992] R.L. 478, with respect to the purpose of the prohibition enacted by Parliament in s. 153(1) and the meaning of the terms "position of authority" and "relationship of dependency". At p. 481, Proulx J.A. explained the origins of s. 153(1), which was passed after the tabling of the Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (the "Badgley Committee"), *Sexual Offences Against Children* (1984) (the "Badgley Report"), for the purpose of [TRANSLATION] "suppressing the sexual exploitation of young people by persons who are in a position of trust or authority towards the young person or with whom the young person is in a relationship of dependency". Further on, at p. 483, Proulx J.A. wrote that a position of authority stems primarily from the adult's role in relation to the young person, but also extends to any [TRANSLATION] "lawful or unlawful power to command which the adult may acquire in the circumstances". In his view, the term "relationship of dependency" refers to a relationship — originating from biological, legal or social ties or even specific circumstances — in which the young person is subject, related or tied to the adult in such a way that he or she loses independence or freedom of action.

Le juge McIntyre cite et approuve des extraits des motifs du juge Proulx de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Léon c. La Reine*, [1992] R.L. 478, relatifs au but de la prohibition édictée par le législateur au par. 153(1) et au sens des expressions «situation d'autorité» et «situation de dépendance». À la page 481, le juge Proulx expliquait les origines du par. 153(1), qui avait été adopté à la suite du dépôt du rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le «Comité Badgley»), *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) (le «Rapport Badgley»), dans le but de «réprimer l'exploitation sexuelle de l'adolescent par des personnes qui jouissent précisément d'une situation de confiance ou d'autorité à l'égard de l'adolescent ou à l'égard desquelles l'adolescent est en situation de dépendance». Plus loin, à la p. 483, le juge Proulx écrivait qu'une situation d'autorité découlait d'abord de la fonction que l'adulte exerce en rapport avec l'adolescent, mais qu'elle s'étendait aussi à tout «pouvoir licite ou illicite de commander que l'adulte peut acquérir dans les faits». L'expression «situation de dépendance», visait, à son avis, une relation — découlant de liens biologiques, juridiques, sociaux ou même d'une situation de fait particulière — dans laquelle l'adolescent est soumis, lié ou rattaché à la personne d'une manière le privant de son autonomie ou de sa liberté d'action.

7 McIntyre J. specifically identified the facts that he considered relevant to characterizing the accused's position towards the complainant in the instant case. It is helpful to reproduce them in full (at pp. 388-89):

Le juge McIntyre identifie spécifiquement les données factuelles pertinentes à ses yeux à la qualification de la situation de l'accusé face à la plaignante en l'espèce. Il est utile de les reproduire intégralement (aux pp. 388 et 389):

[TRANSLATION] In my view, the relevant facts are, first of all, that Mr. Audet did not invite or encourage [the complainant] to meet him at the club. He in no way encouraged her, either by dancing with her or by buying her alcohol. The three beers that she drank were, according to her own testimony, procured for her by her cousins who, in my opinion, were older and in a position of authority towards her at that moment. It was not the accused who suggested going to the cottage but, rather, his friend, Serge Maltais.

According to [the complainant's] own testimony, Audet made no sexual pass at her but, rather, complained of tiredness and a headache. He went to bed and fell asleep. A little later, [the complainant] went to join him in the bedroom and, even though there were two beds in the room, she chose to lie down beside him in the same bed.

... I noticed that during her testimony, [the complainant] alternately used "Mr. Yves" and simply "Yves" when referring to the accused. In several parts of her statement which were referred to in cross-examination, she said "Yves" when referring to the accused. I draw the inference from this evidence as well as from the rest of the evidence that [the complainant] showed a familiarity towards the accused which is uncommon or unusual as between a student and her former teacher.

It must also be recalled that Mr. Audet was only 22 years old. In my view, there is an enormous difference between a 22-year-old teacher and a teacher, let's say, who is 52 years old, and a young girl 14 years old. In my opinion, it is reasonable to conclude that a young 14-year-old girl feels more comfortable with a young man 22 years old than with a 52-year-old man.

On the whole, McIntyre J.'s opinion was that the accused was neither in a position to exercise some sort of power over the complainant nor in a position of trust within the meaning of s. 153(1) of the *Code*. He added the following at p. 389:

[TRANSLATION] Even though [the complainant] afterwards regretted participating in these acts, the evidence does not establish that at the time of her participation, she was aware of some authoritative power which in some way obliged her to submit to the accused's advances.

McIntyre J. also took account of the fact that the incident occurred during the summer holidays and

Les faits pertinents, à mon sens, sont d'abord le fait que M. Audet n'a pas invité ou encouragé [la plaignante] le rencontrer au club. Il ne l'a aucunement encouragée, soit en dansant avec elle ou en lui achetant une boisson alcoolisée. Les trois bières qu'elle a consommées lui furent procurées, d'après son témoignage, par ses cousines, qui, à mon sens, étaient plus vieilles et étaient en situation d'autorité envers elle à ce moment. Ce n'est pas l'accusé qui a suggéré d'aller au chalet, mais plutôt son ami, Serge Maltais.

D'après le témoignage de [la plaignante] elle-même, Audet [ne] lui aurait fait aucune avance de nature sexuelle mais se serait plutôt plaint de fatigue et de maux de tête. Il est allé se coucher et s'est endormi. Un peu plus tard [la plaignante] est allée le rejoindre dans la chambre, et, quoiqu'il y avait deux lits dans cette chambre, elle a choisi plutôt de se coucher près de lui dans le même lit.

... J'ai remarqué qu'au cours de son témoignage, [la plaignante] a employé alternativement le terme «Monsieur Yves» et tout simplement «Yves» en référant à l'accusé. Dans plusieurs parties de ses déclarations dont on a référées en contre-interrogatoire, elle parle de «Yves» en référant à l'accusé. J'en déduis de cette preuve, ainsi que de l'entier de la preuve, que [la plaignante] démontrait envers l'accusé une familiarité peu commune ou inhabituelle entre une élève et son ancien professeur.

Il faut se souvenir aussi que M. Audet n'était âgé que de 22 ans. Je suis d'avis qu'il y a une énorme différence entre un professeur de 22 ans et un professeur, disons, de 52 ans et une jeune fille de 14 ans. À mon sens il est raisonnable de conclure qu'une jeune fille de 14 ans se sent plus à l'aise avec un jeune homme de 22 ans qu'avec un homme, disons, de 52 ans.

Dans l'ensemble, le juge McIntyre est d'avis que l'accusé n'était ni en position d'exercer un pouvoir quelconque à l'endroit de la plaignante, ni en situation de confiance au sens du par. 153(1) du *Code*. Il ajoute, à la p. 389:

Quoique [la plaignante] ait par la suite regretté d'avoir participé à ces actes, la preuve ne démontre pas qu'au moment d'y participer elle était consciente d'un pouvoir autoritaire quelconque qui venait en quelque sorte l'obliger de se soumettre aux avances de l'accusé.

Le juge McIntyre tient également compte du fait que l'incident a eu lieu pendant les vacances d'été,

thus, in his view, outside the framework of the teacher-student relationship.

New Brunswick Court of Appeal (Angers and Rice J.J.A., Ayles J.A. dissenting) (1995), 155 N.B.R. (2d) 369

8

The majority, *per* Angers J.A., described the offence provided for in s. 153(1) of the *Criminal Code* as follows (at pp. 372-73):

[TRANSLATION] The purpose of s. 153 of the *Criminal Code* is to protect young persons from sexual exploitation by persons who have some degree of power over them thus creating a situation of trust, authority or dependency. The father-child or, as in the present case, the teacher-student relationship, does not in and of itself create such a relationship of trust, authority or dependency. Of course, it would be a very important factor and, I have no doubt, a material factor in the majority of cases. However, it is only by examining all of the facts of each case that a judge can determine whether, at the time of the alleged act, the accused was in a position of trust, authority or dependency.

Relying on *R. v. L.A.M.* (1993), 86 Man. R. (2d) 179 (Q.B.), and *R. v. P.S.*, [1993] O.J. No. 704 (Gen. Div.), the majority held that characterizing a person's position towards a young person is a question of fact to be determined by the trial judge.

9

In the case at bar, the majority's view was that McIntyre J. had correctly analysed the evidence and had relied on the relevant facts in characterizing the relationship that existed between the accused and the complainant. It thus showed deference to McIntyre J.'s conclusion. Angers J.A. wrote the following at pp. 374-75:

[TRANSLATION] The judge reviewed the particular circumstances of the case: the school year was over, the cousins were in a position of authority towards [the complainant] that evening and there was no exploitation by the accused. Having observed [the complainant] during her testimony, the judge found that she was not aware of "some authoritative power which in some way obliged her to submit to the accused's advances". Finally, the judge ruled that the Crown had not established beyond a reasonable doubt that at the time of the incident, the accused was in a position of trust or authority towards [the complainant].

et donc, à son avis, hors du cadre de la relation professeur-élève.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Angers et Rice et le juge Ayles, dissident) (1995), 155 R.N.-B. (2^e) 369

La majorité, sous la plume du juge Angers, décrit de la manière suivante l'infraction prévue au par. 153(1) du *Code criminel* (aux pp. 372 et 373):

L'article 153 du *Code criminel* a pour but de protéger les adolescents contre l'exploitation sexuelle par des personnes ayant sur eux un certain pouvoir créant ainsi une situation d'autorité, de confiance ou de dépendance. La relation père-enfant ou comme en l'instance, professeur-élève, ne crée pas par le fait même cette situation d'autorité, de confiance et de dépendance. Ce sera, bien sûr, un facteur très important et, je n'en doute pas, dans la plupart des cas, un facteur déterminant. Dans chaque cas, cependant, c'est en considérant l'ensemble de tous les faits que le juge pourra déterminer si, au moment de l'acte reproché, l'accusé était en situation d'autorité, de confiance ou de dépendance.

La majorité, s'appuyant sur les décisions *R. c. L.A.M.* (1993), 86 Man. R. (2d) 179 (B.R.), et *R. c. P.S.*, [1993] O.J. No. 704 (Div. gén.), juge que la qualification de la situation d'une personne par rapport à un adolescent est une question de fait, laissée d'abord à l'appréciation du juge du procès.

En l'espèce, la majorité est d'avis que le juge McIntyre a correctement analysé la preuve et s'est fondé sur les éléments factuels pertinents à la qualification de la relation prévalant entre l'accusé et la plaignante. Elle fait donc preuve de déférence à l'endroit de la conclusion du juge McIntyre. Le juge Angers écrit, aux pp. 374 et 375:

Le juge a repassé les circonstances particulières de la cause: l'année scolaire était terminée, les cousines étaient en situation d'autorité envers [la plaignante] ce soir là et il n'y avait pas eu d'exploitation de la part de l'accusé. Le juge qui avait observé [la plaignante] lorsqu'elle témoignait a conclu qu'elle ne ressentait pas «un pouvoir autoritaire quelconque qui venait en quelque sorte l'obliger de se soumettre aux avances de l'accusé». Enfin, le juge a décidé que la Couronne n'avait pas établi au delà d'un doute raisonnable que lors de l'incident en question, l'accusé était en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis [de la plaignante].

Ayles J.A. saw matters differently. He began by noting the difference between the English and French versions of s. 153(1). Finding that the term “*situation*” in the French version was ambiguous, he inferred the following from the term “*position*” in the English version (at p. 377):

[TRANSLATION] . . . the relationship between this teacher and this student cannot be described in terms of a relationship of power (authority/subjugation) but, rather, in terms of the relative status of two parties in relation to one another.

Ayles J.A. then considered the accused’s relationship with the complainant in the instant case. Drawing a parallel with this Court’s decision in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, he affirmed that teachers have a fiduciary relationship with their students. He also referred to the comments of Cosgrove Dist. Ct. J. of the Ontario District Court in *R. v. Palmer*, [1990] O.J. No. 51, and of Woolridge J. in *R. v. Hann (No. 2)* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 33 (Nfld. S.C.), and found that teachers are in a position of trust towards young persons.

Ayles J.A. further stated that the complainant’s consent to the acts is irrelevant in the context of a charge of sexual exploitation and that the courts have consistently held that the Crown need not establish any nexus between the person’s position and the alleged sexual activity: *R. v. Dunk* (1991), 117 A.R. 161 (C.A.), and *R. v. G. (T.F.)* (1992), 11 C.R. (4th) 221 (Ont. C.A.).

II. Analysis

The difference of opinion between the majority and the dissent lies in determining the analytical approach that should be taken in dealing with charges of sexual exploitation. The trial judge and the majority of the Court of Appeal based their analysis on the immediate circumstances of the offence in order to determine whether those circumstances showed, in addition to the existence of some imbalance between the young person and the accused that established a position of trust or authority or a relationship of dependency within the meaning of s. 153(1) of the *Criminal Code*,

Le juge Ayles voit les choses différemment. Il note d’abord la différence entre les versions française et anglaise du par. 153(1). Jugeant que le terme «*situation*» utilisé dans la version française porte à confusion, il déduit du terme «*position*» utilisé dans la version anglaise que (à la p. 377):

. . . la relation de ce professeur avec cette étudiante sert à décrire non pas un rapport de force (autorité/subjugation) à un moment précis, mais le statut relatif des deux parties en relation l’une avec l’autre.

Se penchant ensuite sur la relation de l’accusé et de la plaignante en l’espèce, le juge Ayles trace un parallèle avec la décision de notre Cour dans l’affaire *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, et affirme qu’un enseignant entretient un rapport de nature fiduciaire avec ses élèves. Il se réfère également aux propos du juge Cosgrove de la Cour de district de l’Ontario dans *R. c. Palmer*, [1990] O.J. No. 51, et du juge Woolridge dans *R. c. Hann (No. 2)* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 33 (C.S.T.-N.), et conclut que les enseignants sont en situation de confiance vis-à-vis des adolescents.

Le juge Ayles précise également que le fait que la plaignante ait consenti aux actes n’est nullement pertinent dans le cadre d’une accusation d’exploitation sexuelle et qu’il est de jurisprudence constante que la Couronne n’a pas à démontrer un lien quelconque entre la situation de la personne et l’activité sexuelle reprochée: *R. c. Dunk* (1991), 117 A.R. 161 (C.A.), et *R. c. G. (T.F.)* (1992), 11 C.R. (4th) 221 (C.A. Ont.).

II. L’analyse

La divergence d’opinions entre la majorité et la dissidence réside dans la détermination de la démarche analytique à suivre dans le cadre d’accusations d’exploitation sexuelle. Le juge du procès et la majorité de la Cour d’appel font porter l’analyse sur les circonstances immédiates de l’infraction pour décider si celles-ci révèlent, en plus de l’existence d’un déséquilibre quelconque entre l’adolescent et l’accusé établissant une situation d’autorité, de confiance ou de dépendance au sens du par. 153(1) du *Code criminel*, que ce dernier a effectivement exploité sa position privilégiée face

10

11

12

that the accused had actually exploited his or her privileged position with respect to the young person. For his part, Ayles J.A. was of the view that s. 153(1) requires a comprehensive analysis of the nature of the relationship between the young person and the accused, regardless of the question of exploitation. His view differed because he felt that all young persons are in a relationship of dependency with teachers because of the fiduciary relationship that exists between them, which derives from the role conferred on teachers by society.

13 In my view, the appeal must be allowed and a verdict of guilty entered. First of all, McIntyre J.'s position, with which the majority of the Court of Appeal agreed, implies that the Crown must prove, as a constituent element of the offence of sexual exploitation, that the accused actually exploited his or her position of trust or authority towards the young person or the young person's relationship of dependency with the accused. An analysis of the means chosen by Parliament to meet the objective it was pursuing by creating the offence of sexual exploitation and of the legislative context of s. 153(1) shows that this approach is incorrect and contrary to previous judgments on this matter. I therefore find that the trial judge erred in law. Further, I am of the view that the circumstances of the case at bar warrant this Court's exercise of the power conferred on it by s. 686(4) of the *Criminal Code* to set aside the verdict of acquittal entered by the trial judge and substitute a verdict of guilty.

A. *The Error of Law Committed by the Trial Judge*

- (1) Section 153 of the Criminal Code: Objective, Rationale and Constituent Elements of the Offence of Sexual Exploitation

14 Section 153 of the *Criminal Code* came into force on January 1, 1988. It was passed by Parliament in response to the Badgley Committee's recommendations in a report made public a few years earlier. It reads as follows:

à l'adolescent. Pour sa part, le juge Ayles est d'avis que le par. 153(1) exige une analyse globale de la nature de la relation prévalant entre l'adolescent et l'accusé, sans égard à la question de l'exploitation. Il diverge d'opinion puisqu'à son avis tous les adolescents sont en situation de dépendance à l'égard des professeurs, en raison de la relation de nature fiduciaire existant entre ceux-ci et découlant du rôle que la société leur confie.

Je suis d'avis que l'appel doit être accueilli et qu'un verdict de culpabilité doit être inscrit. D'abord, la position du juge McIntyre, à laquelle souscrit la majorité de la Cour d'appel, implique que la Couronne doit prouver, comme étant un élément constitutif de l'infraction d'exploitation sexuelle, que l'accusé a effectivement exploité sa situation de confiance ou d'autorité face à l'adolescent, ou de la situation de dépendance de ce dernier à son égard. Or, une analyse des moyens choisis par le législateur pour satisfaire à l'objectif qu'il poursuivait en adoptant l'infraction d'exploitation sexuelle et du contexte législatif dans lequel se trouve le par. 153(1) révèle que cette approche est erronée en plus d'être contraire à la jurisprudence développée sur le sujet jusqu'à présent. Je conclus que le juge du procès a donc commis une erreur de droit. Ensuite, je suis d'avis que les circonstances de l'espèce justifient que notre Cour exerce le pouvoir que lui confère le par. 686(4) du *Code criminel* de casser le verdict d'acquiescement prononcé par le juge du procès et d'y substituer un verdict de culpabilité.

A. *L'erreur de droit commise par le juge du procès*

- (1) L'article 153 du Code criminel: objectif, raison d'être et éléments constitutifs de l'infraction d'exploitation sexuelle

L'article 153 du *Code criminel* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988. La disposition a été adoptée par le législateur en réponse aux recommandations formulées par le Comité Badgley dans un rapport rendu public quelques années plus tôt. Elle se lit comme suit:

153. (1) Every person who is in a position of trust or authority towards a young person or is a person with whom the young person is in a relationship of dependency and who

(a) for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of the young person, or

(b) for a sexual purpose, invites, counsels or incites a young person to touch, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the young person,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) In this section, “young person” means a person fourteen years of age or more but under the age of eighteen years.

Although, as the Earl of Halsbury L.C. recognized at the end of the last century in *Eastman Photographic Materials Co. v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade-Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.), at p. 575, the courts may use a commission report like the Badgley Report to identify Parliament’s objective in enacting a given piece of legislation, I see no need to refer to it in the case at bar. It is evident that Parliament passed s. 153 of the *Criminal Code* to protect young persons who are in a vulnerable position towards certain persons because of an imbalance inherent in the nature of the relationship between them. This is merely stating the obvious, and it would not be helpful, nor is it necessary, for the purposes of this appeal to elaborate on the extent and scope of the social aspect of the problem.

However, while the purpose of the provision and the objective being pursued are relevant in interpreting s. 153(1), great care must be taken to dis-

153. (1) Est coupable soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui est en situation d’autorité ou de confiance vis-à-vis d’un adolescent ou à l’égard de laquelle l’adolescent est en situation de dépendance et qui, selon le cas:

a) à des fins d’ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l’adolescent;

b) à des fins d’ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet.

(2) Pour l’application du présent article, «adolescent» s’entend d’une personne âgée de quatorze ans au moins mais de moins de dix-huit ans.

Bien que, comme l’a reconnu le lord chancelier Halsbury à la fin du siècle dernier dans *Eastman Photographic Materials Co. c. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade-Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.), à la p. 575, un rapport de commission comme le Rapport Badgley peut être utilisé par les tribunaux pour identifier l’objectif que poursuivait le législateur en adoptant un texte législatif donné, je considère inutile en l’espèce de m’y référer. De toute évidence, le législateur a adopté l’art. 153 du *Code criminel* dans le but de protéger les adolescents se trouvant en situation de vulnérabilité vis-à-vis de certaines personnes en raison d’un déséquilibre inhérent à la nature de la relation qu’ils vivent avec celles-ci. Cette constatation saute aux yeux et il ne serait ni utile ni nécessaire, pour les fins du présent pourvoi, d’examiner plus en détail l’étendue et l’ampleur du volet social du problème.

Cependant, si le but de la disposition et l’objectif poursuivi sont pertinents dans l’interprétation du par. 153(1), l’on doit prendre bien soin de les

tinguish them from the means chosen by Parliament to achieve this purpose and meet this objective.

distinguer des moyens choisis par le législateur pour atteindre ce but et satisfaire à cet objectif.

16 First, the offence applies to three separate categories of persons: those in a position of trust towards a young person, those in a position of authority towards a young person and those with whom the young person is in a relationship of dependency. The *Code* prohibits every person in such a position or relationship with respect to a young person from engaging in any of the sexual activities described in paras. (a) and (b) of s. 153(1). As well, contrary to the situation that exists with respect to a charge of sexual assault, a person charged under s. 153(1) cannot raise the young person's consent as a defence (s. 150.1(1) of the *Criminal Code*). To obtain a conviction under s. 153(1), the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the complainant is a young person within the meaning of s. 153(2), that the accused engaged in one of the activities referred to in s. 153(1) and, finally, that at the time the acts in question were committed the accused was in a position of trust or authority towards the young person or the young person was in a relationship of dependency with the accused. Of course, the Crown must also prove the *mens rea* required for each of these elements.

L'infraction vise d'abord trois catégories distinctes de personnes, soit celles étant en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent et celles à l'égard desquelles un adolescent est en situation de dépendance. Le *Code* interdit à toute personne se trouvant dans une telle situation à l'égard d'un adolescent de se livrer à l'une quelconque des activités sexuelles décrites aux al. a) et b) du par. 153(1). Aussi, contrairement à un cas d'accusation d'agression sexuelle, une personne accusée en vertu du par. 153(1) ne peut invoquer le consentement de l'adolescent comme moyen de défense (par. 150.1(1) du *Code criminel*). Pour obtenir une condamnation en vertu du par. 153(1), la Couronne doit établir hors de tout doute raisonnable que le plaignant est un adolescent au sens du par. 153(2), que l'accusé s'est livré à l'une des activités énumérées au par. 153(1) et, finalement, que ce dernier était, lors de la commission des actes en question, en situation d'autorité ou de confiance à l'égard de l'adolescent, ou encore que ce dernier était alors, à l'égard de l'accusé, en situation de dépendance, en plus de prouver, évidemment, la *mens rea* nécessaire à l'égard de chacun de ces éléments.

17 In this Court, the respondent argued that, to find that an accused was in such a position towards or relationship with a young person, the Crown must necessarily show that the accused abused or exploited his or her position of trust or authority towards the young person or the young person's relationship of dependency with the accused. In support of these arguments, the respondent referred this Court to my reasons in *Norberg v. Wynrib, supra*, and the two-step analytical approach I there discussed. I wrote the following at p. 256:

Devant notre Cour, l'intimé soutient que, pour conclure que telle était la situation de l'accusé vis-à-vis de l'adolescent, la Couronne devait nécessairement démontrer qu'il y avait eu abus ou exploitation par l'accusé de sa situation d'autorité ou de confiance face à l'adolescent ou de la situation de dépendance de ce dernier à son égard. À l'appui de ses prétentions, il cite mes motifs dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*, précitée, et la démarche analytique en deux étapes dont j'ai traité. À la page 256, j'écrivais:

It must be noted that in the law of contracts proof of an unconscionable transaction involves a two-step process: (1) proof of inequality in the positions of the parties, and (2) proof of an improvident bargain. Similarly, a two-step process is involved in determining whether or not there has been legally effective consent to a

Il convient de remarquer qu'en droit des contrats, la preuve de l'existence d'une opération inique est un processus à deux étapes: (1) la preuve de l'inégalité des situations respectives des parties et (2) celle d'un marché imprudent. Il en est de même lorsqu'il s'agit de déterminer si le consentement à une agression sexuelle

sexual assault. The first step is undoubtedly proof of an inequality between the parties which, as already noted, will ordinarily occur within the context of a special "power dependency" relationship. The second step, I suggest, is proof of exploitation. A consideration of the type of relationship at issue may provide a strong indication of exploitation.

In my view, the accused is in fact arguing that there is another constituent element to the offence of sexual exploitation, namely that the accused, in performing the alleged acts, abused his or her special position *vis-à-vis* the young person, a position deriving from the fact that the accused was in a position or relationship referred to in s. 153(1).

In my view, the respondent's argument is incorrect. This interpretation cannot be reconciled with s. 150.1(1) of the *Criminal Code*, which provides that the young person's consent is not a defence to a charge of sexual exploitation, because requiring such proof of exploitation would amount to implicitly recognizing that the quality of consent is somehow relevant in such a context. The interpretation proposed by the respondent suggests that the means chosen by Parliament to meet its legislative objective was to criminalize the abuse or exploitation by persons in a position or relationship mentioned in s. 153(1) of their position for the purpose of engaging in one of the prohibited activities. This is not the case. Adopting such an interpretation would make the offence of sexual exploitation totally irrelevant by confusing the objective of the provision and the standard adopted by Parliament.

The relative positions of the parties have always been relevant to the validity of consent under Canadian criminal law. The common law has long recognized that exploitation by one person of another person's vulnerability towards him or her can have an impact on the validity of consent (see the historical review prepared by A. W. Bryant, "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94, at pp. 127-31; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at

était efficace sur le plan juridique. La première étape consiste sans aucun doute à prouver l'existence d'une inégalité entre les parties, laquelle survient normalement, comme nous l'avons vu, dans le contexte d'un rapport spécial «de force et de dépendance». La seconde étape, selon moi, consiste à prouver qu'il y a eu exploitation. L'examen du genre de relation en cause peut indiquer fortement qu'il y a exploitation.

À mon avis, l'accusé soutient en fait qu'il existe un autre élément constitutif de l'infraction d'exploitation sexuelle, soit que l'accusé doit, dans l'accomplissement des actes qu'on lui reproche, avoir abusé de sa situation particulière face à l'adolescent, c'est-à-dire d'une des situations mentionnées au par. 153(1).

Or, je suis d'avis que sa position est erronée. Cette interprétation est inconciliable avec les dispositions du par. 150.1(1) du *Code criminel*, qui prévoient que le consentement de l'adolescent ne constitue pas un moyen de défense dans le cadre d'accusations d'exploitation sexuelle, puisque exiger une preuve d'exploitation revient à reconnaître implicitement à la qualité du consentement une pertinence qu'elle n'a pas dans un tel contexte. L'interprétation proposée par l'intimé signifie que le moyen choisi par le législateur pour satisfaire à l'objectif législatif poursuivi a été de criminaliser l'abus ou l'exploitation, par des personnes se trouvant dans l'une des situations énumérées, de leur situation dans le but de se livrer à l'une des activités interdites. Or, ce n'est pas le cas. On viderait l'infraction d'exploitation sexuelle de toute utilité en adoptant une telle interprétation, en confondant l'objectif de la disposition et la norme adoptée par le législateur.

En effet, la situation relative des parties a toujours eu, en droit criminel canadien, une certaine pertinence quant à la validité du consentement. Notre common law reconnaît depuis longtemps que l'exploitation par une personne de la vulnérabilité à son égard d'une autre personne peut avoir une certaine incidence sur la validité du consentement (voir l'historique préparé par A. W. Bryant, «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94, aux pp. 127 à

18

19

20

p. 740; and my comments in *Norberg v. Wynrib*, *supra*, at pp. 250 and 252).

21

Moreover, in 1983 Parliament passed what is now s. 265(3) of the *Criminal Code*. This provision, which lists certain circumstances that may vitiate consent (*Norberg v. Wynrib*, *supra*, at p. 251), reads as follows:

265. . . .

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority. [Emphasis added.]

Parliament also adopted a similar provision dealing specifically with consent to sexual assault, sexual assault with a weapon and aggravated sexual assault. Section 273.1 was added to the *Criminal Code* in 1992:

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), "consent" means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

(a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

(b) the complainant is incapable of consenting to the activity;

(c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

(d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

131; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la p. 740, ainsi que mes commentaires dans *Norberg c. Wynrib*, précité, aux pp. 250 et 252).

D'ailleurs, en 1983, le législateur a adopté ce qui constitue aujourd'hui le par. 265(3) du *Code criminel*. Cette disposition énumère certaines circonstances pouvant vicier le consentement (*Norberg c. Wynrib*, précité, à la p. 251) et se lit ainsi:

265. . . .

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité. [Je souligne.]

De plus, le législateur a adopté une disposition similaire traitant spécifiquement du consentement en matière d'agression sexuelle, d'agression sexuelle armée et d'agression sexuelle grave. En 1992, l'art. 273.1 a été ajouté au *Code criminel*:

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où:

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

b) il est incapable de le former;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;

(e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity. [Emphasis added.]

The *Code* thereby specifically provides that, for the purposes of ss. 271, 272 and 273, the exercise of authority (s. 265(3)(d)) and the abuse of a position of trust, power or authority (s. 273.1(2)(c)) will vitiate consent. While conscious of the minor differences in terminology in s. 153(1), s. 265(3)(d) and s. 273.1(2)(c), I note that in most if not all cases in which the evidence shows that an accused in a position or relationship referred to in s. 153(1) with respect to the complainant actually abused his or her position in relation to the complainant to obtain the alleged sexual favours, the accused will at least have committed a sexual assault — a more serious offence — against the young person, since ss. 265(3)(d) and 273.1(2)(c) provide that there is no consent in such a situation. The interpretation proposed by the respondent therefore leads to a rather absurd situation. The offence provided for in s. 153(1) would be rendered totally irrelevant, since almost all the situations covered by s. 153(1) of the *Criminal Code* would in any event be covered by s. 271, 272 or 273, as the case may be. The offence of sexual exploitation would ultimately add nothing. Moreover, a person in a position of trust or authority towards a young person, or with whom the young person is in a relationship of dependency, would commit a less serious offence by abusing his or her privileged position to obtain sexual favours from a young person than by doing the same thing in relation to an adult. It is patently obvious that such an interpretation is totally at odds with Parliament's objective in passing s. 153 of the *Code*.

Clearly, Parliament wanted to afford greater protection to young persons. It chose harsher means by criminalizing the activity itself, regardless of whether it is consensual (s. 150.1(1) of the *Code*), in so far as it involves a person who is in a position or relationship referred to in s. 153(1)

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci. [Je souligne.]

Le *Code* prévoit donc expressément que, pour l'application des art. 271, 272 et 273, «l'exercice de l'autorité» (al. 265(3)d), «l'abus de confiance» et «l'abus de pouvoir» (al. 273.1(2)c)) vicieraient le consentement. Tout en demeurant conscient de la légère disparité dans la terminologie utilisée au par. 153(1), à l'al. 265(3)d) et à l'al. 273.1(2)c), je constate néanmoins que dans la plupart, sinon la totalité, des cas où la preuve révélera que l'accusé se trouvant dans l'une des situations énumérées au par. 153(1) face au plaignant a effectivement abusé de sa situation face à ce dernier pour obtenir les faveurs sexuelles lui étant reprochées, il aura commis à l'endroit de l'adolescent au moins une agression sexuelle — une infraction plus grave — puisque le consentement est alors inexistant, comme le prescrivent l'al. 265(3)d) et l'al. 273.1(2)c). L'interprétation proposée par l'intimé conduit donc à une situation quelque peu absurde. L'infraction prévue au par. 153(1) serait dépourvue de toute utilité car pratiquement toutes les situations visées par le par. 153(1) du *Code criminel* le seraient aussi de toute façon par les art. 271, 272 ou 273, selon les circonstances. L'infraction d'exploitation sexuelle n'apporterait finalement rien. Qui plus est, une personne en situation d'autorité ou de confiance à l'égard d'un adolescent, ou à l'égard de laquelle ce dernier est en situation de dépendance, commettrait une infraction moins grave en abusant de sa position privilégiée pour obtenir des faveurs sexuelles de la part d'un adolescent qu'en le faisant à l'égard d'un adulte. Il saute aux yeux qu'une telle interprétation est totalement inconciliable avec l'objectif que poursuivait le législateur en édictant l'art. 153 du *Code*.

De toute évidence, le législateur a voulu protéger davantage les adolescents. Il a choisi des moyens plus drastiques, en criminalisant l'activité elle-même, qu'elle soit consensuelle ou non (par. 150.1(1) du *Code*), dans la mesure où y participe une personne se trouvant à l'égard de l'adolescent

with respect to the young person. As Woolridge J. eloquently stated in *Hann (No. 2)*, *supra*, at p. 36:

The implication from the wording of s. 153 is that notwithstanding the consent, desire or wishes of the young person, it is the adult in the position of trust who has the responsibility to decline having any sexual contact whatsoever with that young person. [Emphasis added.]

It thus seems evident to me that the respondent's argument is incorrect and that the Crown does not have to establish that the accused actually abused his or her position towards or relationship with the young person in order to obtain the young person's consent to the alleged sexual activities.

24 As well, I would like to make it clear that the two-step analytical approach I adopted in *Norberg v. Wynrib*, *supra*, cannot be unthinkingly applied in the context of a charge of sexual exploitation. That case is distinguishable from the case at bar, in that the whole argument there revolved around the validity of consent given by a patient to sexual relationships entered into with her physician. The legal context was very different, since unlike the situation here, the validity of the consent was relevant, the question having been raised in the context of civil proceedings for the tort of battery.

25 Finally, it is important to note, as Ayles J.A. did, that the courts have up to now consistently rejected any argument similar to that proposed by the respondent. In *G. (T.F.)*, *supra*, the Ontario Court of Appeal, referring to the Alberta Court of Appeal's decision in *Dunk*, *supra*, expressed its complete agreement with this at pp. 222-23:

Counsel for the appellant concedes that, on the facts of this case, the appellant was in a position of authority with respect to the complainant. He contends, however, that under s. 153 there must be a nexus between the position of authority and the giving of consent by the young person to the sexual activity; and since there was no proof of any such nexus in this case, the appellant should not have been convicted. With respect we do not agree.

dans l'une des situations énumérées au par. 153(1). Comme l'écrivait avec éloquence le juge Woolridge dans *Hann (No.2)*, précité, à la p. 36:

[TRADUCTION] Le texte de l'art. 153 laisse implicitement entendre que, nonobstant le consentement, le désir ou les souhaits de l'adolescent, c'est l'adulte en situation de confiance qui a la responsabilité de refuser d'avoir tout contact sexuel avec cet adolescent. [Je souligne.]

Il m'apparaît donc évident que la position de l'intimé est erronée et que la Couronne n'a point besoin d'établir que l'accusé a effectivement abusé de sa situation vis-à-vis de l'adolescent pour obtenir son consentement aux activités sexuelles reprochées.

Aussi, je tiens à préciser que la démarche analytique en deux étapes que j'ai suivie à l'occasion de l'affaire *Norberg c. Wynrib*, précitée, ne peut être transposée aveuglément dans le contexte d'une accusation d'exploitation sexuelle. Cette affaire se distingue de la présente puisque tout le débat portait justement sur la validité du consentement donné par une patiente à des relations sexuelles auxquelles elle avait pris part avec son médecin. Le contexte juridique était fort différent, puisque contrairement à la situation prévalant en l'espèce, la validité du consentement était pertinente, la question ayant été soulevée dans le contexte civil d'une poursuite pour délit de voies de fait.

Enfin, il est important de noter, comme l'a fait le juge Ayles, que les tribunaux ont constamment rejeté, jusqu'à présent, tout argument similaire à celui que l'intimé nous propose. La Cour d'appel de l'Ontario dans *G. (T.F.)*, précité, se référant à la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Dunk*, précitée, abondait dans ce sens, aux pp. 222 et 223:

[TRADUCTION] L'avocat de l'appellant reconnaît que, d'après les faits, l'appellant était en situation d'autorité à l'égard de la plaignante. Cependant, il soutient qu'il doit exister, en vertu de l'art. 153, un lien entre la situation d'autorité et le consentement de l'adolescent à l'activité sexuelle; en l'espèce, puisqu'il n'existe pas de preuve de ce lien, l'appellant ne devrait pas être déclaré coupable. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

The purpose of s. 153 is to make it clear that a person in a position of authority or trust towards a young person is not to engage in sexual activity with that person, even though there is apparent consent. We agree with the interpretation of the section given by Mr. Justice Kerans speaking for the Alberta Court of Appeal in *R. v. Dunk*, an unreported judgment dated June 3, 1991, (now reported at (1991), 117 A.R. 161, 2 W.A.C. 161) where he said:

“The section under review commands citizens dealing with children in a relationship of trust or authority not to act on apparent consent of that child to any sexual activity. That duty is not limited to cases where the Crown can show some relationship between the trust and consent. Therefore, the learned trial judge was correct not to charge the jury to assess the significance of the factor on the question of consent.”

Since, on the appeal against conviction the appellant raised only the one point that we have rejected, the appeal against conviction must be dismissed. [Emphasis added.]

Leave to appeal to this Court was refused: [1992] 3 S.C.R. ix. The Ontario Court of Appeal reiterated its position in *R. v. Dussiaume* (1995), 98 C.C.C. (3d) 217, at p. 219, leave to appeal refused, [1995] 4 S.C.R. vi. To the same effect, see also *L.A.M.*, *supra*.

Accordingly, I decline to find that the Crown is required to prove, for the purposes of s. 153(1) of the *Code*, that the accused abused his or her position of trust or authority towards or relationship of dependence with the young person.

(2) The Position of the Trial Judge and the Majority of the Court of Appeal

It is clear from the trial judge's reasons that he assumed the Crown had to prove that the accused had abused or exploited his particular position towards the complainant. This, in my view, led the trial judge to consider facts that were in no way relevant to determining the respondent's criminal liability under s. 153(1). For example, he noted that the accused had neither provided the com-

L'article 153 vise à établir clairement qu'une personne en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent ne doit pas avoir de relations sexuelles avec cette personne, même s'il existe un consentement apparent. Nous sommes d'accord avec l'interprétation que le juge Kerans de la Cour d'appel de l'Alberta donne à cette disposition dans *R. c. Dunk*, arrêt inédit rendu le 3 juin 1991 (publié depuis (1991), 117 A.R. 161, 2 W.A.C. 161) dans lequel il affirme:

La disposition examinée exige d'un citoyen qui se trouve en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un enfant de ne pas se fonder sur l'apparent consentement de celui-ci à des relations sexuelles. Cette obligation n'est pas restreinte aux cas où le ministère public peut établir l'existence d'un lien entre la confiance et le consentement. Par conséquent, le juge du procès a eu raison de ne pas demander aux jurés d'examiner l'importance du facteur sur la question du consentement.

Puisque, dans l'appel qu'il a interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, l'appelant n'a soulevé que ce point, que nous n'avons pas retenu, l'appel est rejeté. [Je souligne.]

Notre Cour a refusé l'autorisation d'appel: [1992] 3 R.C.S. ix. La Cour d'appel de l'Ontario a d'ailleurs réitéré sa position dans *R. c. Dussiaume* (1995), 98 C.C.C. (3d) 217, à la p. 219, demande d'autorisation de pourvoi rejetée, [1995] 4 R.C.S. vi. Dans le même sens, on consultera aussi l'affaire *L.A.M.*, précitée.

Je refuse donc de conclure que la Couronne est tenue d'établir, aux fins du par. 153(1) du *Code*, l'exploitation par l'accusé de sa situation de confiance ou d'autorité face à l'adolescent, ou encore de la situation de dépendance de ce dernier à son endroit.

(2) La position du juge du procès et de la majorité de la Cour d'appel

Il ressort clairement des motifs du juge du procès qu'il a tenu pour acquis que la Couronne devait prouver l'abus ou l'exploitation par l'accusé de sa situation particulière à l'égard de la plaignante. Ce faisant, il s'est à mon avis attardé à des faits nullement pertinents à la détermination de la responsabilité criminelle de l'intimé en vertu du par. 153(1). Par exemple, il a relevé le fait que l'accusé

plainant with the alcohol she drank during the evening nor encouraged her to go with him to the cottage. He also focused on the fact that the complainant had voluntarily chosen to lie down in the same room and, moreover, in the same bed as the respondent even though there was another unoccupied bed in the room. Moreover, I do not think the following passage from his reasons, which I quoted earlier, can be explained in any other way (at p. 389):

[TRANSLATION] Even though [the complainant] afterwards regretted participating in these acts, the evidence does not establish that at the time of her participation, she was aware of some authoritative power which in some way obliged her to submit to the accused's advances. [Emphasis added.]

28 The trial judge, and, for that matter, the Court of Appeal, erred in law in incorrectly assessing the nature of the constituent elements of the offence set forth in s. 153(1) of the *Criminal Code*. In light of this error, it must now be determined whether the appeal should nevertheless be dismissed or should instead be allowed and, in the latter case, whether a verdict of guilty should be entered or a new trial ordered.

B. *Appropriate Order in the Case at Bar*

29 As I stated at the beginning of the analysis, I am of the view that this Court should enter a verdict of guilty by exercising the power conferred on it by s. 686(4) of the *Criminal Code*. I will begin by reviewing the powers of a court of appeal ruling on an appeal from a verdict of acquittal.

(1) Powers of a Court of Appeal on an Appeal from an Acquittal

30 The powers of a court of appeal ruling on an appeal from a verdict of acquittal are stated in s. 686(4) of the *Criminal Code*, which provides as follows:

n'avait pas fourni à la plaignante les boissons qu'elle a consommées lors de la soirée et qu'il ne l'avait pas non plus incitée à l'accompagner au chalet. Il s'est aussi attardé au fait que la plaignante avait volontairement choisi d'aller se coucher dans la même chambre que l'intimé et, par surcroît, avait choisi de le faire dans le lit qu'il occupait alors qu'un autre lit était libre dans la même pièce. De plus, l'extrait suivant de ses motifs, que j'ai cité précédemment, ne s'explique à mon avis d'aucune autre façon (à la p. 389):

Quoique [la plaignante] ait par la suite regretté d'avoir participé à ces actes, la preuve ne démontre pas qu'au moment d'y participer elle était consciente d'un pouvoir autoritaire quelconque qui venait en quelque sorte l'obliger de se soumettre aux avances de l'accusé. [Je souligne.]

Or, le juge du procès et, incidemment, la Cour d'appel ont commis une erreur de droit en évaluant incorrectement la nature des éléments constitutifs de l'infraction prévue au par. 153(1) du *Code criminel*. Il y a maintenant lieu de déterminer, à la lumière de cette erreur, si le pourvoi devrait tout de même être rejeté, ou s'il devrait plutôt être accueilli et, dans cette éventualité, si un verdict de culpabilité devrait être enregistré ou un nouveau procès ordonné.

B. *L'ordonnance appropriée en l'espèce*

Comme je l'ai précisé au début de l'analyse, je suis d'avis que notre Cour devrait inscrire un verdict de culpabilité en exerçant le pouvoir que lui confère le par. 686(4) du *Code criminel*. Procédons d'abord à un rappel des pouvoirs d'une cour d'appel saisie d'un pourvoi formé à l'encontre d'un verdict d'acquittal.

(1) Les pouvoirs d'une cour d'appel lors d'un appel d'un acquittement

Les pouvoirs d'une cour d'appel saisie d'un appel interjeté contre un verdict d'acquittal sont énumérés au par. 686(4) du *Code criminel*, qui prévoit:

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

- (a) dismiss the appeal; or
 (b) allow the appeal, set aside the verdict and

- (i) order a new trial, or
 (ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

Even where a court of appeal finds that the trial judge erred in law, it will not necessarily mean that the appeal should be allowed. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, Sopinka J. noted that the onus rests on the Crown to show that the trial judge's error affected the outcome of the trial in some way (at p. 374):

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do. [Emphasis added.]

In *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212, this Court recognized that this standard can be expressed in different ways. I there wrote at p. 248:

A test of "might have been different" seems to me to simply be the converse of "would not necessarily have been the same," and stating the proposition in this way does not, of course, mean that the onus somehow shifts

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

- a) rejeter l'appel;
 b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

- (i) ordonner un nouveau procès,
 (ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

Même si une cour d'appel conclut que le juge du procès a commis une erreur de droit, il n'y a pas nécessairement lieu d'accueillir le pourvoi pour autant. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, le juge Sopinka a rappelé que la Couronne avait le fardeau de démontrer que l'erreur commise par le juge avait eu une incidence, dans une certaine mesure, sur l'issue du procès (à la p. 374):

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittement a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212, notre Cour reconnaissait que cette même norme pouvait être exprimée différemment. J'écrivais, à la p. 248:

Dire que le verdict «aurait pu être différent» me semble simplement être l'inverse de dire qu'il «n'aurait pas nécessairement été le même», et formuler la norme de cette façon ne signifie évidemment pas un allègement

away from the Crown. I would note that the first of Chipman J.A.'s impugned statements is a virtual duplicate of an alternative expression of the majority's formulation in *Vézeau*, *supra*, at p. 291. These statements are simply different ways of saying the same thing. As such, I must reject the appellant's submission that the court below in some way misstated the standard of appellate review.

quelconque du fardeau incombant à la poursuite. Soulignons que le premier des énoncés contestés du juge Chipman est pratiquement la réplique de la formulation subsidiaire utilisée par la majorité dans l'arrêt *Vézeau*, précité, à la p. 291. Il s'agit tout simplement de façons différentes de dire la même chose. À ce titre, je dois rejeter la prétention de l'appelant selon laquelle la juridiction inférieure a mal formulé la norme d'examen en appel.

31 In *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, this Court, *per* Lamer J. (as he then was), described the circumstances in which it is appropriate to enter a verdict of guilty when a court of appeal decides that an appeal must be allowed. He stated at pp. 354-55:

Dans *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, notre Cour, sous la plume du juge Lamer (maintenant Juge en chef), fait état des circonstances dans lesquelles il est approprié d'inscrire un verdict de culpabilité lorsqu'une cour d'appel décide que l'appel doit être accueilli. Il écrit, aux pp. 354 et 355:

The Crown replies that the Court of Appeal may allow a Crown appeal against an acquittal entered by a trial judge and substitute a verdict of guilty where the Crown establishes that an error of law was committed at trial, satisfies the Court of Appeal that, had there been a proper application of the law, the verdict would not have been the same, and further demonstrates that the accused should have been found guilty but for the error of law. In this respect, the principle that has been established at common law is that all the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be in issue (*Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at pp. 291-92, and *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118 (Ont. C.A.), at p. 125, *aff. sub nom.*, *Courville v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 847). [Emphasis in original.]

Le ministère public réplique que la Cour d'appel peut accueillir l'appel qu'il a interjeté contre l'acquiescement prononcé par le juge du procès et substituer à celui-ci un verdict de culpabilité, si la poursuite établit qu'une erreur de droit a été commise au procès, si elle convainc la Cour d'appel que, si le droit avait été appliqué correctement, le verdict n'aurait pas été le même, et si elle démontre en outre que l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été de cette erreur de droit. À cet égard, le principe reconnu en *common law* est que toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement ou implicitement, ou ne pas être en cause (*Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, aux pp. 291 et 292, et *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.), à la p. 125, *conf. sub nom.*, *Courville c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 847). [Souligné dans l'original.]

He continued as follows at p. 355:

Il poursuit, à la p. 355:

In view of the appellant's right to a fair hearing, it is important that the test established at common law be strictly applied.

Compte tenu du droit de l'appelant à un procès équitable, il est important que le critère établi en *common law* soit appliqué de manière stricte.

(2) Application to the Case at Bar: Appropriate Order

(2) L'application à l'espèce: l'ordonnance appropriée

32 To apply these principles correctly to the case at bar and to determine whether, but for the trial judge's error, there is a reasonable degree of certainty that the verdict would have been different, and if so, whether a verdict of guilty should be entered, it is necessary to consider the meaning and scope of the terms "position of authority" and "position of trust" used by Parliament in s. 153(1).

Afin de correctement appliquer ces principes à l'espèce et de déterminer si, n'eût été l'erreur du juge du procès, il existe un degré raisonnable de certitude que le verdict aurait été différent et si, dans l'affirmative, un verdict de culpabilité doit être inscrit ou non, il est nécessaire de s'interroger sur le sens et la portée des expressions «situation d'autorité» et «situation de confiance» utilisées par le législateur au par. 153(1).

(a) "Position of Authority" and "Position of Trust"

The courts have had little to say on a theoretical level about the scope of these expressions, which are nowhere defined in the *Criminal Code*. Proulx J.A. wrote the following about the "position of authority" concept in *Léon*, *supra*, at p. 483:

[TRANSLATION] In its primary meaning, the notion of authority stems from the adult's role in relation to the young person, but it will be agreed that in the context of this statutory provision, to be in a "position of authority" does not necessarily entail just the exercise of a legal right over the young person, but also a lawful or unlawful power to command which the adult may acquire in the circumstances.

For his part, Blair J. made the following comment in *P.S.*, *supra*:

... [a position of authority] invokes notions of power and the ability to hold in one's hands the future or destiny of the person who is the object of the exercise of the authority. . . .

Finally, Blair J., also in *P.S.*, wrote the following about the term "position of trust":

One needs to keep in mind that what is in question is not the specialized concept of the law of equity, called a "trust". What is in question is a broader social or societal relationship between two people, an adult and a young person. "Trust", according to the Concise Oxford Dictionary (8th ed.), is simply "a firm belief in the reliability or truth or strength of a person". Where the nature of the relationship between an adult and a young person is such that it creates an opportunity for all of the persuasive and influencing factors which adults hold over children and young persons to come into play, and the child or young person is particularly vulnerable to the way of these factors, the adult is in a position where those concepts of reliability and truth and strength are put to the test. Taken together, all of these factors combine to create a "position of trust" towards the young person. [Emphasis added.]

In the absence of statutory definitions, the process of interpretation must begin with a consideration of the ordinary meaning of the words used by Parliament. *Le Grand Robert de la langue fran-*

a) «Situation d'autorité» et «situation de confiance»

Les tribunaux ne se sont que très peu prononcés, d'un point de vue théorique, sur la portée de ces expressions, qui ne sont définies nulle part dans le *Code criminel*. Relativement à la notion de «situation d'autorité», le juge Proulx, dans l'arrêt *Léon*, précité, écrit, à la p. 483:

Dans son sens premier, la notion d'autorité découle de la fonction qu'exerce l'adulte en rapport avec l'adolescent mais on conviendra que, dans le contexte de cette disposition législative, être en «situation d'autorité» ne signifie pas nécessairement l'exercice d'un droit légal sur l'adolescent mais tout autant un pouvoir licite ou illicite de commander que l'adulte peut acquérir dans les faits.

Le juge Blair dans *P.S.*, précité, fait quant à lui les remarques suivantes:

[TRADUCTION] . . . [une situation d'autorité] évoque des notions de pouvoir et la capacité de tenir entre ses mains l'avenir ou la destinée de la personne sur laquelle est exercée l'autorité . . .

Enfin, le juge Blair, toujours dans l'affaire *P.S.*, écrit, relativement à l'expression «situation de confiance»:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler qu'il ne s'agit pas du concept spécialisé de «trust» (fiducie) reconnue en *equity*. Il s'agit plutôt d'une relation générale sociale ou sociétale entre deux personnes, un adulte et un adolescent. Le Concise Oxford Dictionary (8^e éd.) définit ainsi le terme «trust» (confiance): «ferme croyance dans la fiabilité, la sincérité ou la force d'une personne». Lorsque la nature de la relation entre un adulte et un adolescent est telle qu'elle permet que tous les facteurs de persuasion et d'influence qui interviennent entre les adultes et les enfants ou les adolescents entrent en jeu, et que l'enfant ou l'adolescent est particulièrement vulnérable à l'influence de ces facteurs, l'adulte est dans une situation où les concepts de fiabilité, de sincérité et de force sont mis à l'épreuve. Globalement, ces facteurs créent une «situation de confiance» vis-à-vis de l'adolescent. [Je souligne.]

En l'absence de définitions législatives, l'exercice d'interprétation doit débiter par la recherche du sens ordinaire des mots utilisés par le législateur. *Le Grand Robert de la langue française*

çaise (2nd ed. 1986) defines the French word “*autorité*” as a [TRANSLATION] “[r]ight to command, power (recognized or unrecognized) to enforce obedience”, which is, at least in substance, quite similar to the definition proposed by Proulx J.A. It adds that another meaning of “*autorité*” is [TRANSLATION] “[s]uperiority of merit or seductiveness that compels unconstrained obedience, respect, trust”. *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) suggests similar definitions for the English word “authority”: “[p]ower or right to enforce obedience” and “[p]ower to influence the conduct and actions of others”. I am in complete agreement with Proulx J.A. that the meaning of the term must not be restricted to cases in which the relationship of authority stems from a role of the accused but must extend to any relationship in which the accused actually exercises such a power. As can be seen from these definitions, the ordinary meaning of the word “authority” or “*autorité*” does not permit so restrictive an interpretation. Furthermore, the comments of Proulx J.A. are entirely appropriate in view of the express intention of Parliament, which, in declining to include in s. 153(1) a list of the cases in which a person must refrain from sexual contact with a young person, intended to direct the analysis to the nature of the relationship between the young person and the accused rather than to their status in relation to each other. I will return to this.

(2^e éd. 1986) définit l'autorité comme étant un «[d]roit de commander, pouvoir (reconnu ou non) d'imposer l'obéissance», ce qui rejoint, du moins en substance, la définition proposée par le juge Proulx. Il précise que l'autorité s'entend aussi de la «[s]upériorité de mérite ou de séduction qui impose l'obéissance sans contrainte, le respect, la confiance». *L'Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989) propose des définitions similaires de l'expression anglaise «*authority*»: [TRADUCTION] «[p]ouvoir ou droit d'imposer l'obéissance» et «[p]ouvoir d'influer sur la conduite et les actes d'autrui». Je suis entièrement d'accord avec le juge Proulx que la portée de l'expression ne doit pas être limitée aux cas où la relation d'autorité découle d'une quelconque fonction exercée par l'accusé, mais qu'elle doit s'étendre à toute relation à l'occasion de laquelle, dans les faits, l'accusé exerce un tel pouvoir. Comme le démontrent ces définitions, le sens ordinaire du mot «*autorité*» ou «*authority*» ne permet pas une interprétation si restrictive. De plus, les remarques du juge Proulx sont tout à fait appropriées lorsqu'on tient compte de l'intention exprimée par le législateur qui, en refusant d'énumérer spécifiquement au par. 153(1) les cas dans lesquels une personne devait s'abstenir d'avoir tout contact sexuel avec un adolescent, a voulu faire porter l'analyse sur la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé plutôt que sur leur statut l'un par rapport à l'autre. J'y reviendrai.

35

The French word “*confiance*”, according to *Le Grand Robert*, is a belief in or firm expectation of something, or faith in someone, and the confidence that results therefrom. In English, the word “trust” can have various meanings, especially in a legal context. However, considering that Parliament used the word “*confiance*” in the French version, I doubt that the word “trust” as used in s. 153(1) refers to the concept as defined in equity. I therefore agree with the reservations expressed by Blair J. “Trust” must instead be interpreted in accordance with its primary meaning: “[c]onfidence in or reliance on some quality or attribute of a person or thing, or the truth of a statement”. The word “confidence” is defined as follows: “[t]he mental

La confiance, nous enseigne *Le Grand Robert*, est le fait de croire, l'espérance ferme en quelque chose, la foi en quelqu'un et l'assurance qui en découle. En anglais, le mot «*trust*» peut avoir diverses significations, surtout dans un contexte juridique. Puisque le législateur a utilisé le mot «*confiance*» dans la version française, je doute que le mot «*trust*» au par. 153(1) réfère au concept d'*equity*. Je souscris donc aux réserves exprimées par le juge Blair. «*Trust*» doit plutôt être interprété suivant son sens premier: [TRADUCTION] «[c]onfiance en une qualité ou un attribut d'une personne ou d'une chose, ou en la véracité d'une déclaration». Le mot «*confidence*» se définit ainsi: [TRADUCTION] «[a]ttitude morale de celui qui se fie à

attitude of trusting in or relying on a person or thing; firm trust, reliance, faith”.

I would add that the definition of the words used by Parliament, like the determination in each case of the nature of the relationship between the young person and the accused, must take into account the purpose and objective pursued by Parliament of protecting the interests of young persons who, due to the nature of their relationships with certain persons, are in a position of vulnerability and weakness in relation to those persons.

Even in light of these definitions, the concept of a “position of trust” is difficult, perhaps even more than that of a “position of authority”, to define in the abstract in the absence of a factual context. For this reason, it would be inappropriate for this Court to try to precisely delineate its limits in a factual vacuum, especially since very few judicial decisions have so far commented on this relatively recent provision of the *Criminal Code*. The fact that this appeal was brought as of right and that the issue was not fully argued in this Court makes this even more compelling.

It will be up to the trial judge to determine, on the basis of all the factual circumstances relevant to the characterization of the relationship between a young person and an accused, whether the accused was in a position of trust or authority towards the young person or whether the young person was in a relationship of dependency with the accused at the time of the alleged offence. One of the difficulties that will undoubtedly arise in some cases concerns the determination of the times when the “position” or “relationship” in question begins and ends. It would be inappropriate to try to set out an exhaustive list of the factors to be considered by the trier of fact. The age difference between the accused and the young person, the evolution of their relationship, and above all the status of the accused in relation to the young person will of course be relevant in many cases.

In this context, it should, as I have mentioned, be noted that Parliament did not elect to prohibit

quelqu’un ou à quelque chose; espérance ferme, fiabilité, foi».

J’ajouterais que la définition de la portée des expressions utilisées par le législateur, tout comme la détermination dans chaque cas de la nature de la relation entre l’adolescent et l’accusé, doit se faire en fonction du but et de l’objectif poursuivis par le législateur de protéger les intérêts des adolescents qui, en raison de la nature de la relation qu’ils vivent avec certaines personnes, se trouvent à l’égard de celles-ci en situation de vulnérabilité et de faiblesse.

Même à la lumière de ces définitions, le concept de «situation de confiance», peut-être davantage que l’expression «situation d’autorité», demeure difficile à définir dans l’abstrait, en l’absence de contexte factuel. Pour cette raison, il serait inapproprié de la part de notre Cour de tenter d’en tracer les limites dans un vacuum factuel, surtout que, jusqu’à présent, cette disposition relativement récente du *Code criminel* n’a fait l’objet que de très peu de commentaires jurisprudentiels. Le fait que le présent pourvoi a été formé de plein droit et que la question n’a pas été pleinement débattue devant notre Cour me convainc davantage.

Il reviendra au juge du procès de déterminer, en analysant toutes les circonstances factuelles pertinentes à la qualification de la relation prévalant entre l’adolescent et l’accusé, si l’accusé se trouvait en situation d’autorité ou de confiance vis-à-vis de l’adolescent ou encore si l’adolescent était en situation de dépendance face à l’accusé au moment de l’infraction qu’on lui reproche. Nul doute qu’une des difficultés, dans certains cas, sera de déterminer les moments où, dans le temps, débute et où se termine la «situation» en question. Il serait inopportun de tenter d’énumérer de façon exhaustive les éléments dont devra tenir compte le juge des faits. Certes, la différence d’âge entre l’accusé et l’adolescent, l’évolution de leur relation et, surtout, le statut de l’un par rapport à l’autre seront pertinents dans bien des cas.

À cet égard, tel que je l’ai mentionné, il est important de noter que le législateur n’a pas choisi

36

37

38

39

sexual contact with a young person by referring to the status of the accused in relation to the young person, so this factor cannot be decisive in itself. For example, as Ayles J.A. concluded in the case at bar, a teacher is not in a *de jure* position of trust or authority towards his or her students.

40 However, it would be excessively formalistic to refuse to recognize that certain persons, by reason of the role entrusted to them by society, will in fact and in the vast majority of cases come within the ambit of s. 153(1) by reason of their status *vis-à-vis* the young person and, in particular, the relationship they are engaged in with that young person as a consequence of such status. In *Norberg v. Wynrib*, *supra*, at p. 255, I referred to the work of Professor Coleman, who in an article entitled "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95, identified a number of types of relationships, including that of a teacher and student, in which a "power dependency" relationship is inherent.

41 In my view, no evidence is required to prove that teachers play a key role in our society that places them in a direct position of trust and authority towards their students. Parents delegate their parental authority to teachers and entrust them with the responsibility of instilling in their children a large part of the store of learning they will acquire during their development. In the recent case of *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, this Court had occasion to discuss the role and social status of teachers. The following comments are relevant as an illustration and explanation of why teachers will, apart from exceptional circumstances, be in a position of trust and authority towards their students. I there wrote, at paras. 43-44:

Teachers are inextricably linked to the integrity of the school system. Teachers occupy positions of trust and confidence, and exert considerable influence over their students as a result of their positions. The conduct of a teacher bears directly upon the community's perception

d'interdire les contacts sexuels avec un adolescent en fonction du statut de l'accusé par rapport à l'adolescent. Cet élément ne peut donc être déterminant en soi. Par exemple, un professeur n'est pas *de jure* en situation d'autorité ou de confiance face à ses élèves, comme l'a conclu le juge Ayles en l'espèce.

Cependant, on ferait preuve d'un formalisme excessif en refusant de reconnaître que certaines personnes, en raison du rôle que leur confie notre société, seront dans les faits et dans la très grande majorité des cas, visées par le par. 153(1) en raison de leur statut par rapport à l'adolescent et surtout de la relation qu'ils entretiennent avec ce dernier en raison de ce statut particulier. Dans *Norberg c. Wynrib*, précité, à la p. 255, je citais les travaux du professeur Coleman, qui, dans un article intitulé «Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex» (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95, identifiait un certain nombre de types de relations auxquelles un rapport «de force et de dépendance» était inhérent, parmi lesquelles figure la relation professeur-élève.

À mon avis, aucune preuve n'est nécessaire pour soutenir que les enseignants jouent, dans notre société, un rôle de premier plan qui les place directement en situation de confiance et d'autorité par rapport à leurs élèves. Les parents leur délèguent leur autorité parentale tout en leur confiant la responsabilité d'inculquer à leurs enfants une partie majeure du bagage pédagogique qu'ils acquerront durant leur développement. Notre Cour a eu tout récemment l'occasion, dans l'affaire *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, d'examiner plus en détail le rôle et le statut social du professeur. Ces commentaires s'avèrent pertinents afin d'illustrer et d'expliquer pourquoi l'enseignant se retrouvera, sauf circonstances exceptionnelles, en situation d'autorité et de confiance face à ses élèves. J'écris, aux par. 43 et 44:

Les enseignants sont inextricablement liés à l'intégrité du système scolaire. En raison de la position de confiance qu'ils occupent, ils exercent une influence considérable sur leurs élèves. Le comportement d'un enseignant influe directement sur la perception qu'a la

of the ability of the teacher to fulfil such a position of trust and influence, and upon the community's confidence in the public school system as a whole. Allison Reyes considers the importance of teachers in the education process and the impact that they bear upon the system, in "Freedom of Expression and Public School Teachers" (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35. She states, at p. 42:

Teachers are a significant part of the unofficial curriculum because of their status as "medium." In a very significant way the transmission of prescribed "messages" (values, beliefs, knowledge) depends on the fitness of the "medium" (the teacher).

... teachers do not necessarily check their teaching hats at the school yard gate and may be perceived to be wearing their teaching hats even off duty. Reyes affirms this point in her article, *supra*, at p. 37:

The integrity of the education system also depends to a great extent upon the perceived integrity of teachers. It is to this extent that expression outside the classroom becomes relevant. While the activities of teachers outside the classroom do not seem to impact *directly* on their ability to teach, they may conflict with the values which the education system perpetuates. [Emphasis added by Reyes.]

I find the following passage from the British Columbia Court of Appeal's decision in *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees v. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93, at p. 97, equally relevant in this regard:

The reason why off-the-job conduct may amount to misconduct is that a teacher holds a position of trust, confidence and responsibility. If he or she acts in an improper way, on or off the job, there may be a loss of public confidence in the teacher and in the public school system, a loss of respect by students for the teacher involved, and other teachers generally, and there may be controversy within the school and within the community which disrupts the proper carrying on of the educational system.

In *R. v. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (Gen. Div.), a physical education and music teacher was convicted under s. 153(1) after having sexual relations with two of his students. In sentencing him,

collectivité de sa capacité d'occuper une telle position de confiance et d'influence, ainsi que sur la confiance des citoyens dans le système scolaire public en général. Dans l'article «Freedom of Expression and Public School Teachers» (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35, Allison Reyes examine, à la p. 42, l'importance des enseignants dans le processus éducatif et leur impact sur le système:

[TRADUCTION] Les enseignants représentent une partie importante du programme d'études officiels à cause de leur situation d'«intermédiaires». Dans une très large mesure, la communication des «messages» prescrits (valeurs, croyances, connaissances) dépend des aptitudes de «l'intermédiaire» (l'enseignant).

... ce chapeau d'enseignant, il ne l'enlève donc pas nécessairement à la sortie de l'école et, pour certains, il continue à le porter même après les heures de travail. C'est ce que Reyes affirme, *loc. cit.*, à la p. 37:

[TRADUCTION] L'intégrité du système d'éducation dépend aussi en grande mesure de la perception de l'intégrité des enseignants. C'est dans cette mesure que l'expression à l'extérieur de la classe devient pertinente. Bien que les activités des enseignants à l'extérieur de la classe ne semblent pas influencer *directement* sur leur capacité d'enseigner, elles peuvent entrer en conflit avec les valeurs perpétuées par le système d'éducation. [Les italiques sont de Reyes.]

Le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees c. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93, à la p. 97, m'apparaît tout aussi pertinent à cet égard:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle le comportement en dehors des heures de travail peut équivaloir à de l'inconduite est le fait que l'enseignant occupe une position de confiance et de responsabilité. Si celui-ci agit de manière déplacée, au travail ou après le travail, il peut en résulter une perte de confiance du public à son égard et à l'égard du système scolaire public, une perte de respect de la part des élèves envers lui et envers les autres enseignants en général, en plus de susciter à l'intérieur de l'école et de la collectivité une controverse qui perturbe le fonctionnement du système d'éducation.

Dans *R. c. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (Div. gén.), un professeur d'éducation physique et de musique a été reconnu coupable en vertu du par. 153(1), après avoir eu des relations sexuelles avec

Cosgrove Dist. Ct. J. had this to say about the role of teachers in our society:

Insofar as persons in the profession of the accused, teachers, it's quite apparent that they hold a special role in the life of young people. In our society the role of the teacher is second in importance only to the parent. I dare say that the parent views the teacher as being in his or her place while the child is away from the control of the parent. The parent entrusts the teacher with the parent's responsibilities, preparing the youths to compete and to contribute and to develop their individual talents in this very difficult world, both in our own community, in our national community and in the international community, an extremely difficult time for young people and their parents. The role, therefore, of the teacher, in my opinion, has to be seen in the context of what challenges face teachers and young people in our community in the context to which I've just referred.

(See also *Palmer, supra.*)

42 It is also revealing that when teachers are charged under s. 153(1) with touching their students, the courts have no difficulty finding that they had a relationship with their students to which s. 153(1) directly applies. See, for example, *Hann (No. 2), supra, Dussiaume, supra, Forde, supra, Palmer, supra, and S.P., supra.*

43 In short, I am of the view that in the vast majority of cases teachers will indeed be in a position of trust and authority towards their students. It must also be recognized that there may be situations where, owing to exceptional factual circumstances, this is not the case because, even though the accused has the status of a teacher, his or her relationship with a particular student is such that the element of trust or authority is totally absent. I will refrain from speculating and suggesting hypothetical examples to illustrate this. However, in the absence of evidence raising a reasonable doubt in the mind of the trier of fact, it cannot be concluded that a teacher is not in a position of trust and

deux de ses élèves. Rendant jugement relativement à la sentence, le juge Cosgrove a fait les commentaires suivants quant au rôle que jouent les enseignants dans notre société:

[TRADUCTION] Pour ce qui est des personnes exerçant la profession de l'accusé — les enseignants —, il est très évident qu'ils jouent un rôle spécial dans la vie des adolescents. Dans notre société, le rôle de l'enseignant vient tout de suite après celui de parent. J'ose affirmer que le parent considère l'enseignant comme son substitut lorsque l'enfant n'est pas sous sa surveillance. Le parent confie à l'enseignant ses responsabilités de parent, c'est-à-dire préparer l'adolescent à faire face à la concurrence, à collaborer et à développer ses talents individuels dans le monde difficile qui est le nôtre, tant au sein de sa collectivité, que de la communauté nationale et internationale, ce qui constitue une période extrêmement difficile pour l'adolescent et ses parents. Par conséquent, le rôle de l'enseignant doit, à mon avis, être examiné en tenant compte des défis qui se posent aux enseignants et aux adolescents dans notre collectivité dans le contexte que je viens de mentionner.

(Voir aussi *Palmer, précité.*)

Il est d'ailleurs révélateur que lorsque des professeurs sont accusés en vertu du par. 153(1) de s'être livrés à des attouchements sur leurs élèves, les tribunaux n'ont aucune difficulté à conclure qu'ils entretenaient une relation avec ceux-ci directement visée par le par. 153(1). Voir, par exemple, *Hann (No. 2), Dussiaume, Forde, Palmer et S.P., précités.*

En somme, je suis d'avis que, dans la très grande majorité des cas, un professeur sera en fait en situation de confiance et d'autorité vis-à-vis de ses élèves. On doit reconnaître par ailleurs que, dans certains cas, en raison de circonstances factuelles exceptionnelles, il pourra en être autrement lorsque, malgré le statut de professeur de l'accusé, la relation qu'il entretient avec l'un ou l'une de ses élèves est telle que l'élément de confiance, d'autorité est totalement absent. Je m'abstiendrai de formuler des conjectures ou des exemples hypothétiques pour illustrer mon point de vue. Mais, en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits, on ne peut con-

authority towards his or her students without going against common sense.

My colleague Justice Major writes, at para. 56, that the effect of such an interpretation is to create a presumption about teachers that makes the crime of sexual exploitation an absolute liability offence. It is true that my interpretation of the meaning and scope of the terms “position of trust” and “position of authority” does to some extent establish a presumption. It seems to me that it would be incorrect in law, in view of the wording of s. 153(1) and the social role of teachers, to find that a teacher is not in a position of trust or authority in relation to his or her students where none of the evidence adduced at trial raises a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the existence of a position of trust or authority. In my opinion, this approach in no way undermines the presumption of innocence. As this Court has stated, a presumption that imposes an evidential burden on the accused — that is, a presumption requiring the trier of fact to draw a conclusion from proof of a basic fact if no evidence raising a reasonable doubt is adduced by either the Crown or the accused — does not violate the presumption of innocence if the unknown fact follows inexorably from the basic fact. In such circumstances, there is no possibility that drawing this inference will result in the accused being convicted despite the existence of a reasonable doubt. My analysis indicates that in the absence of evidence raising a reasonable doubt on this point, teachers are necessarily in a position of trust and authority towards their students. (See the comments of Cory J. in *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10, at pp. 22 *et seq.*, where he analyzed the other relevant decisions on this question, *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, and *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3.)

Finally, I disagree with my colleague’s assertion that such a presumption has the effect of making

clure qu’un professeur n’est pas en situation de confiance et d’autorité vis-à-vis de ses élèves sans faire violence au sens commun.

Mon collègue le juge Major, au par. 56, écrit qu’une telle interprétation a pour effet de créer à l’endroit des professeurs une présomption faisant en sorte que le crime d’exploitation sexuelle deviendrait une infraction de responsabilité absolue. D’abord, il est vrai que mon interprétation du sens et de la portée des expressions «situation de confiance» et «situation d’autorité» a dans une certaine mesure pour effet d’établir une présomption. En effet, il me paraîtrait incorrect en droit, eu égard au libellé du par. 153(1) et du rôle social des professeurs, de conclure qu’un professeur n’est pas dans une situation de confiance ou d’autorité à l’égard de ses élèves si aucun élément dans la preuve présentée au procès ne soulève, dans l’esprit du juge des faits, un doute raisonnable quant à l’existence d’une situation de confiance ou d’autorité. À mon avis, cette approche ne porte aucunement atteinte à la présomption d’innocence. Comme notre Cour l’a déjà répété, une présomption imposant à l’accusé une charge de présentation — c’est-à-dire celle suivant laquelle le juge des faits est tenu, en l’absence de preuve soulevant un doute raisonnable émanant soit de la preuve présentée par la Couronne, soit de celle présentée par l’accusé, de tirer une conclusion reposant sur un fait établi — n’enfreint pas la présomption d’innocence si le fait inconnu découle inexorablement du fait établi. Dans de telles circonstances, il n’existe aucune possibilité que l’accusé soit condamné malgré l’existence d’un doute raisonnable si l’on procède par inférence. Or, l’analyse à laquelle j’ai procédé indique justement qu’en l’absence de preuve soulevant sur ce point un doute raisonnable, un professeur sera inexorablement en situation de confiance et d’autorité vis-à-vis de ses élèves. (Voir les propos du juge Cory dans *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10, aux pp. 22 *et suiv.*, où il procède à l’analyse des autres arrêts pertinents sur cette question, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3.)

Enfin, je suis en désaccord avec l’affirmation de mon collègue suivant laquelle une telle présomp-

the crime of sexual exploitation an absolute liability offence. An absolute liability offence is one in respect of which the Crown is not obliged to prove the existence of *mens rea*, as Dickson J. (as he then was) wrote in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299. I do not see how my analysis of the scope of s. 153(1) relieves the Crown of its obligation to prove beyond a reasonable doubt that the accused intended, for example, to engage in one of the activities described in paras. (a) and (b) or that the accused did so "for a 'sexual purpose", the offence of sexual exploitation being a specific intent offence.

(b) *Application to the Case at Bar*

46

An analysis of the trial judge's findings of fact and the uncontested evidence leaves me in no doubt that entering a verdict of guilty is appropriate and desirable in the present case. When the acts alleged were committed, the respondent was 22 years old whereas the complainant had just celebrated her fourteenth birthday. During the school year that had ended just a few days earlier, he had been her physical education teacher. The respondent was aware that according to all indications he would be her teacher once again in the following school year, and he even mentioned this to the complainant after having the alleged sexual relations with her.

47

I find that there is in the case at bar no circumstance relevant to the determination of the nature of the relationship between the respondent and the complainant that could raise a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the respondent's position of trust towards the complainant. The respondent was the physical education teacher of the complainant, his 14-year-old student. Even though the incident took place during the summer holidays, which could have raised a reasonable doubt in the trial judge's mind as to the element of authority, I have no doubt that, since the holidays had just begun and at any rate it appeared from the

tion a pour effet de transformer le crime d'exploitation sexuelle en infraction de responsabilité absolue. L'infraction de responsabilité absolue est celle à l'égard de laquelle il n'est pas nécessaire que la Couronne prouve l'existence de la *mens rea*, comme l'écrivait le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299. Or, je ne vois pas en quoi l'analyse de la portée du par. 153(1) à laquelle je me suis livré relève la Couronne de son obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait par exemple l'intention de se prêter à l'une des activités décrites aux al. a) et b) ou encore d'établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé l'avait fait «à des fins d'ordre sexuel», l'infraction d'exploitation sexuelle en étant une d'intention spécifique.

b) *Application à l'espèce*

Une analyse des constatations de fait du juge du procès et de la preuve non contestée ne laisse aucun doute dans mon esprit qu'inscrire un verdict de culpabilité est en l'espèce approprié et souhaitable. Au moment de la perpétration des actes reprochés, l'intimé avait 22 ans alors que la plaignante venait tout juste de célébrer son quatorzième anniversaire. L'intimé avait été, durant l'année scolaire qui venait de se terminer quelques jours auparavant, son professeur d'éducation physique. L'intimé savait que tout indiquait qu'il lui enseignerait de nouveau durant l'année scolaire suivante, et y a même fait référence devant la plaignante après avoir eu la relation sexuelle qu'on lui reproche.

Je constate qu'il n'existe en l'espèce aucune circonstance pertinente à la détermination de la nature de la relation entre l'intimé et la plaignante susceptible de soulever dans l'esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à la situation de confiance de l'intimé vis-à-vis de la plaignante. L'intimé était le professeur d'éducation physique de la plaignante, son élève de 14 ans. Même si l'incident a eu lieu pendant les vacances d'été, ce qui aurait pu amener le juge du procès à entretenir un doute raisonnable quant à l'élément d'autorité, il n'y a aucun doute dans mon esprit que, puisque les vacances venaient de débiter et que de toute

circumstances that the respondent would be the complainant's teacher once again, he was at the very least in a position of trust towards her. In my view, the disclosure by the School Board representative on cross-examination that there was a slight possibility the respondent might not teach one of the Grade 9 classes and that the complainant might be in that class is not convincing.

While conscious of the fact that this Court's power to enter a verdict of guilty in circumstances such as these must be exercised only in the clearest of cases, I am satisfied that the respondent would have been found guilty but for the trial judge's error in law. Furthermore, to repeat the wording used in *Cassidy, supra*, the trial judge made all the findings necessary to support a verdict of guilty. This Court is therefore justified in this case in exercising the discretion conferred on it by s. 686(4) of the *Criminal Code* and entering a verdict of guilty.

III. Disposition

I would allow the appeal, set aside the verdict of acquittal, enter a verdict of guilty and order that the matter be remitted to the trial court to impose the appropriate sentence on the respondent.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — This appeal involves the lives of two young people. The accused is a male physical education teacher, 22 years of age. The complainant is a young female, age 14 years. The appeal as of right by the Crown is restricted to a question of law only.

The accused was acquitted, by the trial judge and a majority in the New Brunswick Court of Appeal on concurrent findings of fact, of an offence alleged under s. 153(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Section 153 reads:

153. (1) Every person who is in a position of trust or authority towards a young person or is a person with

manière les circonstances indiquaient que l'intimé allait de nouveau enseigner à la plaignante, il était tout au moins en situation de confiance face à celle-ci. Je ne considère pas probante l'existence, révélée lors du contre-interrogatoire de la représentante du Conseil scolaire, d'une mince possibilité que l'intimé n'enseigne pas la classe de neuvième année dont la plaignante ferait partie.

Conscient que le pouvoir de notre Cour d'inscrire un verdict de culpabilité en pareilles circonstances ne doit s'exercer que dans les situations les plus claires, je suis convaincu que l'intimé, n'eût été l'erreur de droit du juge du procès, aurait été déclaré coupable. Le juge du procès a d'ailleurs, pour reprendre la terminologie de l'arrêt *Cassidy*, précité, tiré toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité. Notre Cour est donc justifiée, en l'espèce, d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 686(4) du *Code criminel* et d'inscrire un verdict de culpabilité.

III. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de casser le verdict d'acquiescement, d'inscrire un verdict de culpabilité et d'ordonner que le dossier soit renvoyé en première instance pour que le tribunal impose à l'intimé la sentence appropriée.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le présent pourvoi concerne la vie de deux jeunes gens. L'accusé est un professeur d'éducation physique de 22 ans. La plaignante est une jeune femme de 14 ans. Le pourvoi interjeté de plein droit par le ministère public se limite à une question de droit.

Le juge du procès et la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick à la majorité, sur la foi de conclusions de fait concordantes, ont acquitté l'accusé d'une infraction qu'on lui reprochait en vertu du par. 153(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Voici le texte de l'art. 153:

153. (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans, soit

48

49

50

51

whom the young person is in a relationship of dependency and who

(a) for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of the young person, or

(b) for a sexual purpose, invites, counsels or incites a young person to touch directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the young person,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) In this section, "young person" means a person fourteen years of age or more but under the age of eighteen years.

52 Section 153 was enacted by the Parliament of Canada in response to the report of the committee on sexual assault against children and youths entitled *Sexual Offences Against Children* (1984) (the "Badgley Report").

53 The Badgley Report recommended that teachers, along with some other classes of people, be conclusively presumed to be those in positions of trust or authority.

54 It is notable that Parliament did not accept that recommendation when drafting s. 153(1). It would appear obvious that Parliament thereby intended that each case be examined on its facts to determine whether an accused in fact occupied a position of trust or authority towards a young person in the circumstances of the case giving rise to the allegation.

55 In light of the demonstrated legislative intent that was present in passing s. 153(1) it would be inappropriate for the Court to create as a matter of law a presumption of fact that teachers are automatically and in all circumstances in positions of trust or authority. That recommendation was

d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent ou à l'égard de laquelle l'adolescent est en situation de dépendance et qui, selon le cas:

a) à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l'adolescent;

b) à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet.

(2) Pour l'application du présent article, «adolescent» s'entend d'une personne âgée de quatorze ans au moins mais de moins de dix-huit ans.

Le législateur canadien a adopté l'art. 153 suite au rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes intitulé *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) (le «Rapport Badgley»).

Ce rapport recommande que les enseignants, ainsi que d'autres catégories de personnes, soient présumés de façon décisive être des personnes en situation de confiance ou d'autorité.

Il est à noter que le législateur n'a pas donné suite à cette recommandation dans la rédaction de l'art. 153(1). Il semble évident que le législateur a ainsi voulu qu'on examine chaque cas en fonction de ses faits pour déterminer si l'accusé était effectivement en situation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de l'adolescent dans les circonstances de l'affaire ayant donné lieu à l'allégation.

Vu l'intention manifeste du législateur au moment de l'adoption du par. 153(1), il serait inapproprié que la Cour crée, en droit, une présomption de fait suivant laquelle les enseignants sont automatiquement et dans toutes les circonstances en situation de confiance ou d'autorité. Le Rapport

before Parliament in the Badgley Report and rejected by it as evident by the words of s. 153(1).

My colleague's interpretation of s. 153(1) creates a presumption that teachers are automatically in positions of trust and authority. This makes sexual exploitation an absolute liability offence in circumstances where the accused is a teacher. Any absolute liability offence when paired with the potential for imprisonment violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486) and should be avoided.

In addition this approach to s. 153(1) removes the obligation of the Crown to prove that an accused teacher was in a position of trust or authority, and places the obligation on the accused to disprove that such a position existed. This is a burden that an accused in our system should not bear. The accused's right in s. 11(d) of the *Charter*, to be presumed innocent, is paramount and should not be compromised, whether by presumption of fact or otherwise.

It is necessary in this appeal to determine whether on the facts before the trial judge, he could reasonably conclude that the degree of dependency necessary to establish a position of trust or authority was missing.

The importance of the role of teachers in our society is well established. In most cases, teachers will have established a nurturing relationship with their students and the degree of dependency necessary to establish a position of trust will exist.

However, in each case that position of trust should be based on the nature of the relationship between the particular teacher and the particular student and not simply on the fact that the occupation of one is a teacher.

Badgley a soumis cette recommandation au législateur, qui l'a rejetée, comme en fait foi le texte du par. 153(1).

L'interprétation que mon collègue donne au par. 153(1) crée une présomption selon laquelle les enseignants sont automatiquement en situation de confiance et d'autorité. De cette façon, l'exploitation sexuelle devient une infraction de responsabilité absolue lorsque l'accusé est un enseignant. Toute infraction de responsabilité absolue à laquelle se rattache la possibilité d'une peine d'emprisonnement viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486) et devrait donc être évitée.

En outre, cette interprétation du par. 153(1) annule l'obligation du ministère public de prouver qu'un enseignant accusé était en situation de confiance ou d'autorité, et oblige l'accusé à prouver le contraire. Dans notre système, un accusé ne devrait pas avoir à s'acquitter d'un tel fardeau. Le droit d'être présumés innocents que l'al. 11d) de la *Charte* garantit aux accusés est primordial et ne devrait pas être compromis, que ce soit par présomption de fait ou autrement.

Dans le présent pourvoi, il est nécessaire de déterminer si, vu les faits qui lui ont été présentés, le juge du procès pouvait raisonnablement conclure à l'absence du degré de dépendance nécessaire pour qu'il existe une situation de confiance ou d'autorité.

L'importance du rôle des enseignants dans notre société est reconnue. Dans la plupart des cas, il s'établit une relation d'éducateur entre les enseignants et leurs élèves et le degré de dépendance sera suffisant pour qu'il existe une situation de confiance.

Dans chaque cas, cependant, cette situation de confiance devrait être fondée sur la nature de la relation entre l'enseignant et l'élève dont il s'agit, et non pas simplement sur le fait que l'un est enseignant.

56

57

58

59

60

- 61 That an accused is a teacher is a factor that a judge must consider when assessing the nature of the relationship between the accused and a young person to determine if the accused occupied a position of trust or authority in that respect.
- 62 As in my opinion the question of whether an accused is in a position of trust or authority towards a young person within the meaning of s. 153(1) is one of fact, a summary of the facts before the trial judge is useful in determining whether his findings are entitled to the usual measure of deference accorded to such findings.
- 63 The respondent, Yves Audet, taught physical education, a compulsory course for Grades 7, 8 and 9, at the school *Domaine des Copains* in Balmoral in the school year 1991-92. The complainant, J.S., was in Grade 8 and a physical education student.
- 64 The school term ended around June 20, 1992. On June 23, 1992, the respondent signed a new contract for the following year. Indications were that he would be teaching the same physical education course to the same grades.
- 65 On July 8, 1992, J.S., who was 14 years old, went to the *Flagship*, a bar in Campbellton, New Brunswick with her cousins, Joanne and Nathalie, aged 27 and 25 respectively. J.S. lied to her parents, telling them that she was spending the night at her friend's place.
- 66 The three cousins arrived at the bar at about 11:00 p.m. J.S. managed to enter the bar notwithstanding the fact that she was a minor. Nathalie was expecting to see a man she had met on the beach the day before named Serge Maltais. Nathalie phoned him from the bar, and a short time later he arrived with a friend, the respondent.
- 67 The respondent expressed his surprise at meeting J.S. in the bar, knowing she was under age. She explained that she was with her cousins. The adult cousins supplied J.S. with the beer she consumed that evening. The respondent, and presuma-
- Le fait que l'accusé soit un enseignant est un facteur dont le juge doit tenir compte dans son appréciation de la nature de la relation entre l'accusé et l'adolescent pour déterminer si l'accusé était en situation de confiance ou d'autorité à cet égard.
- Puisque la question de savoir si un accusé est en situation de confiance ou d'autorité vis-à-vis d'un adolescent au sens du par. 153(1) est, à mon avis, une question de fait, il est utile de résumer les faits soumis au juge du procès pour déterminer si ses conclusions ont droit à la retenue habituellement réservée à ce genre de conclusions.
- Pendant l'année scolaire 1991-1992, l'intimé, Yves Audet, était professeur d'éducation physique, un cours obligatoire pour les septième, huitième et neuvième années à l'école *Domaine des Copains* de Balmoral. La plaignante, J.S., était une élève d'éducation physique de huitième année.
- L'année scolaire s'est terminée vers le 20 juin 1992. Le 23 juin, l'intimé a signé un nouveau contrat pour l'année suivante. Il devait dispenser le même cours d'éducation physique pour les mêmes classes.
- Le 8 juillet 1992, J.S., alors âgée de 14 ans, s'est rendue au *Flagship*, un bar de Campbellton (Nouveau-Brunswick), avec ses cousines Joanne et Nathalie, âgées respectivement de 27 et 25 ans. Elle a menti à ses parents, leur disant qu'elle passait la nuit chez son amie.
- Les trois cousines sont arrivées au bar vers 23 h. J.S. a réussi à entrer au bar même si elle était mineure. Nathalie s'attendait à y voir un homme du nom de Serge Maltais qu'elle avait rencontré sur la plage la veille. Elle lui a téléphoné du bar et il est arrivé peu après, accompagné d'un ami, l'intimé.
- Sachant que J.S. était mineure, l'intimé s'est dit surpris de la rencontrer dans un bar. Elle a expliqué qu'elle était accompagnée de ses cousines. Les cousines adultes ont offert à J.S. la bière que celle-ci a consommée ce soir-là. L'intimé et,

bly the others, also drank varying amounts of beer during their stay at the Flagship.

Around 2:00 a.m., the bar closed, and Nathalie offered Maltais and the respondent a ride. Maltais suggested that the group go to a friend's cottage, which they did. Shortly after they arrived at the cottage, Nathalie and Maltais went to the car, leaving the respondent in the cottage with J.S. and Joanne, the complainant's 27-year-old cousin.

For some unexplained reason, Joanne became angry and left the cottage. The respondent, feeling ill, left the living room and went to a bedroom with two single beds. He fell asleep in one of the beds. J.S. was alone in the living room.

Some time later, Nathalie and Maltais came back to the cottage. After repeated urging from Nathalie to go see what the respondent was doing, J.S. went to the bedroom and, notwithstanding that the other bed in the room was empty, got into bed beside the respondent and went to sleep.

In the early hours of July 9 when J.S. awoke, she was partially nude. At that time, she and the respondent engaged in consensual sexual touching. The respondent had not initiated or encouraged any type of intimacy between himself and J.S. at any time prior to waking and finding J.S. in his bed.

Approximately four months later in November 1992, following an inquiry by the school, not initiated by J.S., the respondent lost his job. He was forced to move to Louisiana, in the U.S., in order to find work.

The respondent was later charged with having touched a young person for a sexual purpose while being in a position of trust or authority, contrary to s. 153(1)(a) of the *Criminal Code*.

The trial judge concluded on the facts that the respondent was not in a position of trust or authority at the time of the sexual touching. In the cir-

on le présume, les autres ont également consommé différentes quantités de bière pendant qu'ils étaient au Flagship.

À la fermeture du bar, vers 2 h, Nathalie a offert à Maltais et à l'intimé de les reconduire. Maltais a proposé que le groupe se rende au chalet d'un ami, ce qu'ils ont fait. Peu après leur arrivée, Nathalie et Maltais sont allés dans l'auto, laissant l'intimé dans le chalet avec J.S. et Joanne, la cousine de la plaignante, âgée de 27 ans.

Pour une raison inexplicquée, Joanne s'est fâchée et a quitté le chalet. Ne se sentant pas bien, l'intimé a quitté la salle de séjour pour se rendre dans une chambre où il y avait deux lits simples. Il s'est endormi dans un des lits. J.S. est restée seule dans la salle de séjour.

Quelque temps après, Nathalie et Maltais sont revenus au chalet. Après des demandes répétées de Nathalie pour qu'elle aille voir ce que faisait l'intimé, J.S. s'est rendue dans la chambre et, même si l'autre lit était libre, elle s'est couchée dans le lit à côté de l'intimé et s'est endormie.

Aux petites heures du 9 juillet, lorsque J.S. s'est éveillée, elle était partiellement nue. À ce moment-là, elle et l'intimé ont eu des attouchements sexuels consensuels. L'intimé n'a ni commencé ni encouragé quelque forme d'intimité entre lui-même et J.S. à quelque moment que ce soit avant de s'éveiller et de trouver J.S. dans son lit.

Environ quatre mois plus tard, en novembre 1992, après une enquête menée par l'école, dont J.S. n'était pas à l'origine, l'intimé a perdu son emploi. Il lui a fallu déménager en Louisiane, aux États-Unis, pour trouver du travail.

L'intimé a été accusé par la suite d'avoir, en contravention de l'al. 153(1)a) du *Code criminel*, touché une adolescente à des fins d'ordre sexuel alors qu'il était vis-à-vis d'elle en situation de confiance ou d'autorité.

Le juge du procès a conclu, suivant les faits, que l'intimé n'était pas en situation de confiance ou d'autorité au moment des attouchements d'ordre

68

69

70

71

72

73

74

cumstances of this case there was sufficient evidence to reach that conclusion. That finding of fact was supported by the majority in the Court of Appeal and should not and cannot be interfered with by this Court.

sexuel. Dans les circonstances de l'affaire, la preuve était suffisante pour qu'il arrive à cette conclusion. La Cour d'appel à la majorité a confirmé cette conclusion de fait et notre Cour ne devrait pas et ne peut pas la modifier.

75 It bears repeating that the onus on the Crown to overturn an acquittal is a heavy one or substantial one. The Crown must demonstrate with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the judge, without a jury, properly instructed himself. In this case, the trial judge did not commit any error of law. It follows that the Crown has not met its onus.

Il vaut la peine de répéter que le fardeau qui incombe au ministère public quand il s'agit d'infirmer un acquittement est lourd ou important. Il lui faut démontrer avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge, siégeant seul, s'était bien instruit du droit. En l'espèce, le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit. Il s'ensuit que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait.

Disposition

Dispositif

76 I would dismiss the appeal.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal allowed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Solicitor for the appellant: François Doucet, Campbellton, N.B.

Procureur de l'appelante: François Doucet, Campbellton, N.-B.

Solicitors for the respondent: Bertrand & Bertrand, Fredericton.

Procureurs de l'intimé: Bertrand & Bertrand, Fredericton.

Robert Scott Terry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. TERRY

File No.: 24335.

1996: February 20; 1996: May 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter outside Canada's boundaries — Evidence obtained abroad according to foreign local law — Foreign law requiring less exacting procedural standard than Charter — Whether failure of foreign police to comply with Canadian law rendering evidence so obtained inadmissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(2).

Evidence — Admissibility — Poem and dream similar to facts — Whether or not poem and evidence of dream admissible.

The accused, who had allegedly fatally stabbed a man, fled to the U.S. where he was arrested by U.S. police on an extradition warrant acting on information from Canadian police. The Canadian police requested the U.S. police to advise the accused of his U.S. rights. Although the U.S. police complied with all American legal requirements they did not comply with the requirement in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that a person be advised forthwith upon detention of his or her right to counsel. The statement obtained by the U.S. police and the items that they seized were admitted at trial. The accused was convicted of second degree murder and the conviction was confirmed on appeal. At issue was whether the failure of police officers in another country to conform to the requirements of the

Robert Scott Terry *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. TERRY

N° du greffe: 24335.

1996: 20 février; 1996: 30 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte à l'étranger du Canada — Éléments de preuve obtenus à l'étranger conformément au droit interne du pays étranger — Droit étranger prescrivant une norme procédurale moins stricte que la Charte — L'omission de la police étrangère de se conformer au droit canadien rend-elle inadmissible la preuve ainsi obtenue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(2).

Preuve — Admissibilité — Poème et rêve semblables aux faits — Le poème et la preuve du rêve sont-ils admissibles?

L'accusé, à qui on reprochait d'avoir tué un homme à coups de couteau, s'est enfui aux É.-U. où, agissant sur la foi de renseignements fournis par la police canadienne, la police américaine l'a arrêté conformément à un mandat d'extradition. La police canadienne a demandé à la police américaine d'informer l'accusé des droits qui lui étaient garantis aux États-Unis. Bien qu'ils se soient conformés à toutes les exigences légales américaines, les policiers américains n'ont pas satisfait à l'exigence, contenue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qu'une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat dès qu'elle se trouve en détention. La déclaration obtenue par les policiers américains de même que les objets qu'ils ont confisqués ont été admis en preuve au procès. L'accusé a été déclaré

Charter rendered the evidence so gathered inadmissible under s. 24(2) of the *Charter* in a trial in Canada. The admissibility of a dream that the accused had related to witnesses and of an undated poem in his handwriting was also questioned.

Held: The appeal should be dismissed.

The U.S. police gathering evidence in the U.S. for the Canadian police were not subject to the *Charter*. Section 24(2), which applies only if a breach of the *Charter* is established, accordingly did not apply. Finding the U.S. police subject to and in breach of Canada's *Charter* when they detained the fugitive under a U.S. warrant would run counter to the settled rule that a state is only competent to enforce its laws within its own territorial boundaries. Indeed, this general rule is particularly true of the legal procedures enacted to enforce it. Under bilateral mutual legal assistance treaties the actions requested of the assisting state are undertaken in accordance with its own laws. The practice of cooperation between police of different countries does not make the law of one country applicable in the other country.

Considerations of fairness do not demand a remedy under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) is not an independent source of *Charter* rights. The Court cannot extend the *Charter*'s ambit, in the name of fairness, to include as a "constructive" breach conduct not governed by it. It is not unfair to treat evidence gathered abroad differently from evidence gathered in Canada. People should reasonably expect to be governed by the laws of the state in which they are found. Travellers abroad are nevertheless not without a remedy for abuse in the course of foreign evidence-gathering. Provisions such as the s. 11(d) right to a fair trial and the s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice may apply.

Foreign police gathering evidence for Canadian police should not, as a matter of policy, be required to conform to the *Charter*. Evidence gathering abroad occurred not because of any attempt to circumvent the *Charter* but because of the accused's decision to go

coupable de meurtre au deuxième degré et sa déclaration de culpabilité a été confirmée en appel. Il s'agit de savoir si, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, l'omission de policiers d'un autre pays de se conformer aux exigences de la *Charte* rend les éléments de preuve ainsi recueillis inadmissibles dans un procès au Canada. Est également contestée l'admissibilité d'un rêve que l'accusé a raconté à des témoins, et d'un poème non daté écrit de sa main.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les policiers américains qui ont recueilli des éléments de preuve aux États-Unis pour la police canadienne n'étaient pas assujettis à l'application de la *Charte*. Le paragraphe 24(2), qui ne s'applique que si l'on a établi l'existence d'une violation de la *Charte*, ne s'appliquait donc pas. Conclure que la police américaine était assujettie à la *Charte* canadienne et qu'elle l'a violée quand elle détenait le fugitif en vertu d'un mandat américain irait à l'encontre de la règle bien établie selon laquelle un État n'a de compétence pour faire appliquer ses lois qu'à l'intérieur de ses propres frontières territoriales. En fait, cette règle générale s'applique tout particulièrement aux procédures adoptées pour l'appliquer. En vertu des traités bilatéraux d'entraide juridique, les mesures demandées à l'État qui prête assistance sont prises conformément à ses propres lois. La pratique de la coopération entre les policiers de différents pays ne rend pas les lois d'un pays applicables dans un autre.

Il n'y a pas lieu d'accorder, pour des raisons d'équité, une réparation fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) n'est pas une source indépendante de droits garantis par la *Charte*. La Cour ne peut pas, au nom de l'équité, élargir la portée de la *Charte* de façon à considérer comme une violation «par interprétation» une conduite non régie par la *Charte*. Il n'est pas inéquitable de traiter la preuve recueillie à l'étranger différemment de la preuve recueillie au Canada. Les gens devraient raisonnablement s'attendre à être régis par les lois du pays où ils se trouvent. Les voyageurs ne sont pas, malgré tout, à la merci des abus qui peuvent être commis lors d'une collecte d'éléments de preuve à l'étranger. Des dispositions comme l'al. 11(d) et l'art. 7, qui garantissent respectivement le droit à un procès équitable et le droit de n'être privé de sa liberté que conformément aux principes de justice fondamentale, peuvent s'appliquer.

Les policiers étrangers qui recueillent des éléments de preuve pour la police canadienne ne devraient pas, en principe, être tenus de se conformer à la *Charte*. Des éléments de preuve ont été recueillis à l'étranger non pas en raison d'une tentative de contourner la *Charte*,

abroad. High standards are to be encouraged by the Canadian police of the foreign police to avoid the possibility of the evidence being excluded or a stay being entered. Finally, any attempt to bind foreign police by Canadian law would be impossible to regulate.

It was not necessary to decide whether the U.S. police were acting as agents of the Canadian police.

The probative value of the poem on the ultimate issue was not great, given that its connection to the known events was tenuous, but its prejudicial effect was considerable. It was nevertheless admissible as a link in the chain of inferences tending to establish guilt. Evidence relating to accused's dream too was admissible as part of the narrative of the accused's conduct after the crime. It was never suggested that the jury should treat the dream as an admission of the accused's guilt. Concerns about this evidence were alleviated by the careful instruction the jury received.

Cases Cited

Referred to: *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812); *The Case of the SS. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516; *R. v. Shafie* (1989), 47 C.C.C. (3d) 27; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1), (2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2), 7(1), (2), (3.71) [ad. c. 30 (3rd Supp.), s. 1].
Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, R.S.C., 1985, c. 30 (4th Supp.).
Treaty between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, Can. T.S. 1990 No. 19, Art. VII, s. 2.

mais à cause de la décision de l'accusé d'aller à l'étranger. La police canadienne doit encourager les policiers étrangers à respecter des normes strictes, afin d'éviter la possibilité que les éléments de preuve recueillis ne soient écartés ou qu'un arrêt des procédures ne soit ordonné. Enfin, toute tentative de forcer les policiers étrangers à observer le droit canadien serait impossible à mettre en pratique.

Il n'était pas nécessaire de déterminer si les policiers américains agissaient comme mandataires de la police canadienne.

Le poème n'avait pas une très grande valeur probante quant à la question cruciale étant donné que son lien avec les faits connus était ténu, alors que son effet préjudiciable était considérable. Il était néanmoins admissible comme maillon dans la chaîne de déductions tendant à établir la culpabilité. La preuve relative au rêve de l'accusé était également admissible en tant que partie du récit de sa conduite après le crime. On n'a jamais laissé entendre que le jury devrait considérer le rêve comme un aveu de culpabilité de la part de l'accusé. Les préoccupations relatives à cet élément de preuve ont été dissipées par les directives méticuleuses données au jury.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *The Schooner Exchange c. M'Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812); *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516; *R. c. Shafie* (1989), 47 C.C.C. (3d) 27; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 11d), 24(1), (2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2), 7(1), (2), (3.71) [aj. ch. 30 (3^e suppl.), art. 1].
Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. (1985), ch. 30 (4^e suppl.).
Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1990 n° 19, art. VII, cl. 2.

Authors Cited

O'Connell, D. P. *International Law*, vol. 2, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1970.
 Williams, Sharon A. and J.-G. Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects*. Toronto: Butterworths, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 91 C.C.C. (3d) 209, 34 C.R. (4th) 77, 46 B.C.A.C. 185, 75 W.A.C. 185, dismissing an appeal against conviction by Low J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Charles Lugosi and Russell Walter Cornett, for the appellant.

William F. Ehrcke and Oleh Kuzma, for the respondent.

S. David Frankel, Q.C., and *Kimberly Prost*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

Doctrine citée

O'Connell, D. P. *International Law*, vol. 2, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1970.
 Williams, Sharon A. and J.-G. Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects*. Toronto: Butterworths, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 91 C.C.C. (3d) 209, 34 C.R. (4th) 77, 46 B.C.A.C. 185, 75 W.A.C. 185, qui a rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Lowe, siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Charles Lugosi et Russell Walter Cornett, pour l'appellant.

William F. Ehrcke et Oleh Kuzma, pour l'intimée.

S. David Frankel, c.r., et *Kimberly Prost*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — La présente affaire soulève la question de savoir si l'omission de policiers d'un autre pays de se conformer aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* rend les éléments de preuve ainsi recueillis inadmissibles dans un procès au Canada.

L'appelant Terry a été accusé du meurtre au premier degré de James Meehan, dont le corps poignardé a été trouvé dans une maison de rapport à Prince George (Colombie-Britannique). Après avoir dit à plusieurs amis qu'il avait eu un rêve dans lequel il avait poignardé la victime, Terry s'est réfugié chez une amie, à Santa Rosa (Californie). Lorsque les agents de la GRC à Prince George ont appris où il se trouvait, il ont officieusement demandé l'aide de la police locale pour appréhender le fugitif. Les détails du crime ont été fournis par télécopieur, et le détective Gorman de la police de Santa Rosa a entrepris de surveiller sommairement l'extérieur des lieux où l'on croyait que Terry se trouvait. Peu après, Terry a fait l'objet d'un mandat d'arrestation pancanadien, et des poli-

¹ MCLACHLIN J. — This case raises the issue of whether the failure of police officers in another country to conform to the requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* renders the evidence thus gathered inadmissible in a trial in Canada.

² The appellant Terry was charged with the first degree murder of James Meehan, whose stabbed body was found in a Prince George, British Columbia rooming house. After reporting to several friends that he had a dream in which he stabbed the deceased, Terry fled to a girlfriend's residence in Santa Rosa, California. When Terry's whereabouts became known to the RCMP officers in Prince George, they informally requested the assistance of the local police in apprehending the fugitive. Details of the crime were provided by fax, and detective Gorman of the Santa Rosa police undertook a brief external surveillance of the premises Terry was believed to occupy. Shortly thereafter a Canada-wide warrant was issued for Terry's arrest, and he was taken into custody by

police officers at Santa Rosa, California, on August 24, 1990, pursuant to an arrest warrant issued by a U.S. District Court in connection with an official Canadian request for extradition.

When apprised by phone of Terry's arrest, sergeant Roberts, head of the General Investigation Section of the RCMP detachment in Prince George, asked that the Santa Rosa officers interview Terry and take down any statement he cared to make. Sergeant Roberts asked the suspect be advised of his American rights. The officers took Terry to an interview room and gave him a "Miranda warning" in the following terms:

You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to talk to a lawyer before you are questioned and to have him present with you while you're being questioned. If you cannot afford to hire a lawyer one will be appointed to represent you before questioning if you wish one. You can decide at any time to exercise these rights, not to answer any questions or make any statements. Okay do you understand each of the rights I've read to you?

Terry replied that he understood what he had been told and declined the services of a lawyer. He indicated he was willing to make a statement. The interview was tape-recorded and Terry was not abused in any fashion. He gave a statement denying the killing which, while largely exculpatory, contradicted the evidence of other witnesses who would testify that he had related the substance of a dream concerning the specific circumstances of the killing to them shortly after the event. In the statement, Terry also revealed that he had his knife in his gym bag at his girlfriend's apartment in Santa Rosa. The Santa Rosa police obtained a search warrant for the premises, and found and seized the knife. Canadian officers flew to California to interview the appellant personally on August 26, 1994 and he was extradited on August 28, 1994 after waiving a hearing.

ciers de Santa Rosa (Californie) l'ont arrêté le 24 août 1990, conformément à un mandat d'arrestation décerné par une cour de district américaine à la suite d'une demande officielle d'extradition présentée par le Canada.

Lorsqu'il apprit par téléphone l'arrestation de Terry, le sergent Roberts, chef de la section des enquêtes générales du détachement de la GRC à Prince George, a demandé aux policiers de Santa Rosa d'interroger Terry et de prendre en note toute déclaration qu'il consentirait à faire. Le sergent Roberts a demandé que le suspect soit informé des droits qui lui étaient garantis aux États-Unis. Les policiers ont emmené Terry dans une salle d'interrogatoire et lui ont fait la «mise en garde *Miranda*» dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Vous avez le droit de garder le silence. Tout ce que vous direz pourra et sera utilisé contre vous devant une cour de justice. Vous avez le droit de parler à un avocat avant d'être interrogé, et d'être interrogé en sa présence. Si vous n'avez pas les moyens d'embaucher un avocat, un avocat sera désigné pour vous représenter, avant le début de l'interrogatoire, si vous le désirez. Vous avez en tout temps le droit de ne pas répondre aux questions et de ne faire aucune déclaration. O.K., avez-vous compris ce que je viens de vous lire concernant chacun de vos droits?

Terry a répondu qu'il avait compris ce qu'on lui avait dit et a renoncé aux services d'un avocat. Il a indiqué qu'il était disposé à faire une déclaration. L'interrogatoire a été enregistré sur bande magnétique et Terry n'a été victime d'aucun abus. La déclaration dans laquelle il niait avoir commis l'homicide, bien que largement disculpatoire, contredisait la déposition d'autres témoins voulant qu'il leur ait raconté, peu après le fait, le contenu d'un rêve portant sur les circonstances précises de l'homicide. Dans sa déclaration, Terry a aussi affirmé que son couteau se trouvait dans son sac de sport à l'appartement de son amie, à Santa Rosa. La police de Santa Rosa a obtenu un mandat de perquisition et a trouvé, dans les lieux, le couteau qu'elle a ensuite confisqué. Le 26 août 1994, des policiers canadiens se sont envolés pour la Californie en vue d'interroger personnellement l'appelant, qui a été extradé le 28 août 1994, après avoir renoncé à la tenue d'une audience.

4 It is common ground that the California officers complied with all American legal requirements. They did not, however, comply with the requirement of the *Charter* that a person be advised forthwith upon detention of his or her right to counsel. The *Miranda* rule as applied in California requires only that the accused be advised of his or her right to counsel when confined in a custodial setting and prior to questioning.

5 At trial the Crown sought to tender the statement obtained by the Santa Rosa police and the items seized. Following a lengthy *voir dire*, Low J. held them to be admissible. In his view, the search was reasonable and the appellant's statement voluntary in the traditional sense. Low J. found, moreover, that the statement "was not the product of any act of unfairness or breach of any *Charter* rights, despite the fact that the accused was not given his *Miranda* rights until the interview began". The Crown also adduced evidence of an undated, unsigned poem in Terry's handwriting which had been found written on a pad of paper in his Prince George room during the execution of a valid search warrant on August 23, 1990. The poem read as follows:

Crazy thoughts pass through my head.
 Now I have killed a life, it's dead.
 I drained his blood with my knife, how stupid am I to
 take his life. He had done nothing wrong but I took his
 life and now he's gone. Why? Why did I do it? How?
 How could I?
 Shit.

6 The jury convicted Terry of second degree murder. The Court of Appeal ((1994), 91 C.C.C. (3d) 209) affirmed the conviction, ruling that the statement taken in the United States was admissible. Terry now appeals to this Court, questioning the

Tous reconnaissent que les policiers californiens se sont conformés à toutes les exigences légales américaines. Cependant, ils n'ont pas satisfait à l'exigence de la *Charte* qu'une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat dès qu'elle se trouve en détention. La règle *Miranda* appliquée en Californie exige seulement que l'accusé soit informé de son droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'il est mis sous garde et avant qu'il subisse un interrogatoire.

Au procès, le ministère public a voulu présenter en preuve la déclaration obtenue par la police de Santa Rosa de même que les objets confisqués. Après un long voir-dire, le juge Low a conclu que ces éléments de preuve étaient admissibles. À son avis, la perquisition était raisonnable et la déclaration de l'appelant était volontaire au sens traditionnel du terme. Le juge Low a, en outre, conclu que la déclaration [TRADUCTION] «n'était pas le fruit d'une injustice ou d'une violation des droits garantis par la *Charte*, en dépit du fait que l'accusé n'a été informé de ses droits de type *Miranda* que lorsque l'interrogatoire a commencé». Le ministère public a aussi déposé en preuve un poème non daté et non signé que Terry avait rédigé sur un bloc-notes trouvé, le 23 août 1990, dans sa chambre de Prince George pendant l'exécution d'un mandat de perquisition valide. Le poème se lit ainsi:

[TRADUCTION] Des idées folles me passent par la tête.
 Là j'ai mis fin à une vie, c'est inerte.
 Je l'ai saigné avec mon couteau, Que je suis idiot
 De lui avoir enlevé la vie.
 Il n'avait rien fait de mal,
 Mais je lui ai enlevé la vie, et maintenant il est parti.
 Pourquoi?
 Pourquoi ai-je fait cela? Comment, comment ai-je pu
 faire cela?
 Merde.

Le jury a déclaré Terry coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel ((1994), 91 C.C.C. (3d) 209) a confirmé la déclaration de culpabilité, statuant que la déclaration obtenue aux États-Unis était admissible. Terry se pourvoit

admissibility of the statement taken by the California police, the dream he related to witnesses, and the poem in his handwriting.

Legislative Provisions

The relevant sections of the *Charter* read as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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;

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The Admissibility of the Statement

The principal issue in this appeal concerns whether the failure of the California police to advise Terry of his right to counsel at the time of his arrest constituted a violation of his s. 10(b) *Charter* rights rendering the statement subsequently obtained susceptible to exclusion under s. 24(2) at his trial in Canada.

The appellant Terry argues that the tender of evidence at trial triggers the *Charter* regardless of "where, when, how, or why that evidence was

maintenant devant notre Cour, mettant en doute l'admissibilité de la déclaration recueillie par la police californienne, le rêve qu'il a raconté à des témoins et le poème écrit de sa main.

Les dispositions pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

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;

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'admissibilité de la déclaration

La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'omission de la police californienne d'informer Terry de son droit à l'assistance d'un avocat, au moment de son arrestation, a constitué une violation de ses droits garantis par l'al. 10(b) de la *Charte*, qui a rendu la déclaration subséquentement obtenue susceptible d'être écartée, en vertu du par. 24(2), lors de son procès au Canada.

L'appelant Terry fait valoir que le dépôt d'éléments de preuve au procès déclenche l'application de la *Charte*, peu importe [TRADUCTION] «où,

7

8

9

obtained". Alternatively, he asserts that if evidence gathered abroad is not always to be treated as though it had been gathered in Canada, it should be so treated in this case because the California police were acting as the agents of the Canadian police.

10 The Attorney General of British Columbia responds by asserting that the *Charter* does not generally apply abroad. It follows, he argues, that the failure of foreign police to conform to it is not a *Charter* breach making s. 24(2) of the *Charter* applicable. In his view, the only *Charter* ground on which the evidence could be excluded is under s. 7, on the basis that its admission would be contrary to the principles of fundamental justice. The Attorney General also submits that the California police were not the agents of the Canadian police and hence no attributive *Charter* breach capable of invoking s. 24(2) occurred. The Attorney General of Canada supports these positions.

11 Neither the appellant nor the respondent asserts that the admission of the evidence would render the trial unfair under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Hence the main issue is whether there is a breach of the *Charter*, either direct or attributive, which brings s. 24(2) into play. If such a breach is found, the further issue arises of whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Analysis

12 The question is whether the failure of the California police to advise Terry of his right to counsel immediately upon his arrest constitutes a violation of the *Charter* bringing s. 24(2) into play.

13 I consider first the appellant's broad assertion that all evidence tendered in Canada ought to be treated as though the *Charter* applies to it, regardless of where it was obtained, with the conse-

quand, comment ou pourquoi ces éléments de preuve ont été obtenus». Subsidiairement, il affirme que même si les éléments de preuve obtenus à l'étranger ne doivent pas toujours être traités comme s'ils avaient été recueillis au Canada, ils devraient l'être en l'espèce parce que la police californienne agissait comme mandataire de la police canadienne.

Le procureur général de la Colombie-Britannique réplique que la *Charte* ne s'applique pas en général à l'étranger. Il s'ensuit, selon lui, que l'omission de la police étrangère de se conformer à la *Charte* ne constitue pas une violation de la *Charte* ayant pour effet de rendre le par. 24(2) applicable. D'après lui, le seul moyen d'écarter la preuve, en vertu de la *Charte*, consiste à invoquer l'art. 7 en faisant valoir que son admission contreviendrait aux principes de justice fondamentale. Le Procureur général soutient aussi que les policiers californiens n'étaient pas les mandataires de la police canadienne et que, par conséquent, aucune violation de la *Charte*, susceptible d'entraîner l'application du par. 24(2), ne peut leur être imputée. Le procureur général du Canada appuie ce point de vue.

Ni l'appelant ni l'intimée n'affirment que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable au sens de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Par conséquent, il s'agit principalement de savoir s'il y a eu violation directe ou imputable de la *Charte*, qui déclencherait l'application du par. 24(2). Si on conclut à l'existence d'une telle violation, il faudra ensuite se demander si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Analyse

La question est de savoir si l'omission de la police californienne d'informer Terry, dès son arrestation, de son droit à l'assistance d'un avocat constitue une violation de la *Charte*, qui déclenche l'application du par. 24(2).

J'examine d'abord l'affirmation générale de l'appelant que tout élément de preuve présenté au Canada doit être traité comme si la *Charte* s'y appliquait, sans égard à la question de savoir où il

quence that a failure of foreign police to observe the requirements of the *Charter* constitutes a violation sufficient to engage s. 24(2) of the *Charter*.

The main difficulty this argument encounters is that s. 24(2) of the *Charter* applies only if a breach of the *Charter* is established. In order to find a *Charter* breach, it is necessary to find that in detaining Terry under the authority of a U.S. warrant, the Santa Rosa police were subject to the *Charter*. Such a finding would run counter to the settled rule that a state is only competent to enforce its laws within its own territorial boundaries. As Marshall C.J. put it in *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812), at p. 136, "[t]he jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself."

The principle that a state's law applies only within its boundaries is not absolute: *The Case of the SS. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10, at p. 20. States may invoke a jurisdiction to prescribe offences committed elsewhere to deal with special problems, such as those provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, pertaining to offences on aircraft (s. 7(1), (2)) and war crimes and other crimes against humanity (s. 7(3.71)). A state may likewise formally consent to permit Canada and other states to enforce their laws within its territory for limited purposes. In such cases, the *Charter* may find limited application abroad. But these exceptions, none of which is asserted in the case at bar, do not negate the general rule that a state's laws apply only within its own territory.

This Court has repeatedly affirmed the territorial limitations imposed on Canadian law by the principles of state sovereignty and international

a été obtenu, de sorte que l'omission de la police étrangère de se conformer aux exigences de la *Charte* constitue une violation suffisante pour déclencher l'application du par. 24(2) de la *Charte*.

La principale difficulté que pose cet argument découle du fait que le par. 24(2) de la *Charte* ne s'applique que si l'on a établi l'existence d'une violation de la *Charte*. Pour conclure à l'existence d'une telle violation, il faut d'abord conclure que, en détendant Terry en vertu d'un mandat américain, la police de Santa Rosa était assujettie à la *Charte*. Une telle conclusion irait à l'encontre de la règle bien établie selon laquelle un État n'a de compétence pour faire appliquer ses lois qu'à l'intérieur de ses propres frontières territoriales. Comme le juge en chef Marshall l'affirme dans l'arrêt *The Schooner Exchange c. M'Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812), à la p. 136, [TRADUCTION] «[l]a compétence de notre pays sur son propre territoire est nécessairement exclusive et absolue. Elle ne peut faire l'objet d'aucune restriction qu'il ne se serait pas imposée lui-même.»

Le principe voulant que les lois d'un État ne s'appliquent qu'à l'intérieur de ses frontières n'est pas absolu: *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10, à la p. 20. Les États peuvent invoquer une compétence pour prescrire des infractions commises ailleurs, afin de s'attaquer à des problèmes particuliers, comme c'est le cas, par exemple, des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, touchant les infractions commises à bord d'un aéronef (par. 7(1) et (2)) et celles concernant les crimes de guerre et autres crimes commis contre l'humanité (par. 7(3.71)). Un État peut, de la même manière, permettre formellement au Canada et à d'autres États de faire appliquer leurs lois sur son territoire à des fins limitées. Le cas échéant, la *Charte* peut avoir une application limitée à l'étranger. Cependant, ces exceptions, dont aucune n'est invoquée en l'espèce, n'annulent pas la règle générale voulant que les lois d'un État s'appliquent seulement sur son propre territoire.

Notre Cour a confirmé à maintes reprises les limites territoriales imposées aux lois canadiennes par les principes de la souveraineté des États et de

14

15

16

comity. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Charter protection of refugees was confined within the borders of Canada. Again, in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 806, Cory J. affirmed that s. 6(2) of the *Code* reflects the principle “that a state has exclusive sovereignty over all persons, citizens or aliens, and all property, real or personal, within its own territory”. In *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 183, the Court, *per* La Forest J., affirmed that “[t]he primary basis of criminal jurisdiction is territorial”. And in the context of the law of torts, La Forest J. wrote in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at pp. 1050-51:

Ordinarily people expect their activities to be governed by the law of the place where they happen to be and expect that concomitant legal benefits and responsibilities will be defined accordingly. The government of that place is the only one with the power to deal with these activities. The same expectation is ordinarily shared by other states and by people outside the place where an activity occurs.

17 The general rule that a state’s criminal law applies only within its territory is particularly true of the legal procedures enacted to enforce it; the exercise of an enforcement jurisdiction is “inherently territorial”: D. P. O’Connell, *International Law* (2nd ed. 1970), vol. 2, at p. 603. As La Forest J. wrote in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 15, “Canada cannot impose its procedural requirements in proceedings undertaken by other states in their own territories”.

18 The practice of cooperation between police of different countries does not make the law of one country applicable in the other country. Bilateral mutual legal assistance treaties negotiated under the authority of the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C., 1985, c. 30 (4th Supp.), stipulate that the actions requested of the assisting state shall be undertaken in accordance

la courtoisie internationale. Dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, la protection que la *Charte* offre aux réfugiés a été confinée à l’intérieur des frontières du Canada. Puis, dans l’arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 806, le juge Cory a confirmé que le par. 6(2) du *Code* reflète le principe «suivant lequel un État est le seul à pouvoir exercer sa souveraineté à l’égard de toutes les personnes, citoyens ou étrangers, et de tous les biens, mobiliers ou immobiliers, situés sur son propre territoire». Dans l’arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, à la p. 183, le juge La Forest confirme, au nom de la Cour, que «[l]e fondement premier de la compétence en matière criminelle est territorial». Et dans le contexte du droit de la responsabilité délictuelle, le juge La Forest écrit dans l’arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, aux pp. 1050 et 1051:

Les gens s’attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent et à ce que les avantages et les responsabilités juridiques s’y rattachant soient définis en conséquence. Le gouvernement de ce lieu est le seul habilité à régir ces activités. Les autres États et les étrangers partagent normalement les mêmes attentes.

La règle générale voulant que le droit criminel d’un État ne soit applicable que sur son territoire s’applique tout particulièrement aux procédures adoptées pour l’appliquer; l’exercice d’une compétence pour appliquer la loi est [TRADUCTION] «intrinsèquement territorial»: D. P. O’Connell, *International Law* (2^e éd. 1970), vol. 2, à la p. 603. Comme le juge La Forest l’a écrit dans l’arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 15, «le Canada ne peut pas imposer l’application de ses exigences procédurales aux procédures engagées par d’autres États sur leur propre territoire».

La pratique de la coopération entre les policiers de différents pays ne rend pas les lois d’un pays applicables dans un autre. Les traités bilatéraux d’entraide juridique négociés sous le régime de la *Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. (1985), ch. 30 (4^e suppl.), prévoient que les mesures demandées à l’État qui prête assistance doivent être prises conformément à ses propres

with its own laws, not those of the requesting state: see, for example, the *Treaty between the Government of Canada and the Government of the United States on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, Can. T.S. 1990 No. 19, Art. VII, s. 2. As Dilks J. noted in *R. v. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 520, “[t]he sovereign authority of Canada ends with the sending of the request” for assistance. Thus, if the Santa Rosa police in this case had been responding to a treaty request, they would not have been governed by the *Charter*.

Still less can the *Charter* govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis. The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state’s sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken: see Williams and Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects* (1981), at p. 320.

It follows that the *Charter* did not apply to the California police when they detained the appellant. They were subject only to American law. Their conduct cannot amount to a breach of the *Charter*. No breach of the *Charter* being established, the statement cannot be ruled inadmissible under s. 24(2) of the *Charter*: *R. v. Shafie* (1989), 47 C.C.C. (3d) 27 (Ont. C.A.).

It remains to consider the appellant’s arguments that considerations of fairness and policy demand a remedy under s. 24(2) of the *Charter*.

I turn first to the argument on fairness. The appellant argues that it is unfair and artificial to treat evidence gathered abroad any differently than

lois, et non à celles de l’État requérant: voir, par exemple, le *Traité d’entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1990 n° 19, article VII, clause 2. Comme le juge Dilks le fait remarquer dans *R. c. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 520, [TRADUCTION] «l’autorité souveraine du Canada se limite à l’envoi de la demande» d’assistance. Par conséquent, si la police de Santa Rosa s’était trouvée, en l’espèce, à répondre à une demande fondée sur un traité, elle n’aurait pas été assujettie à la *Charte*.

La *Charte* peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. La décision personnelle d’un policier ou d’un organisme étranger d’aider la police canadienne ne peut diminuer l’exclusivité de la souveraineté d’un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l’ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l’activité en question se déroule: voir Williams et Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects* (1981), à la p. 320.

Il s’ensuit que la *Charte* ne s’appliquait pas aux policiers californiens lorsqu’ils détenaient l’appellant. Ils n’étaient assujettis qu’aux lois américaines. Leur conduite ne peut constituer une violation de la *Charte*. Comme on n’a établi l’existence d’aucune violation de la *Charte*, la déclaration ne peut être déclarée inadmissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*: *R. c. Shafie* (1989), 47 C.C.C. (3d) 27 (C.A. Ont.).

Il reste à examiner les arguments de l’appellant selon lesquels, pour des raisons d’équité et de principe, il y a lieu d’accorder réparation en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Je vais commencer par examiner l’argument relatif à l’équité. L’appellant fait valoir qu’il est injuste et artificiel de traiter la preuve recueillie à

19

20

21

22

evidence gathered in Canada. From the point of view of fairness, he asserts, it makes little difference to an accused whether the police conduct at issue occurred in this country or elsewhere. Evidence obtained in contravention of Canadian standards should be subject to exclusion under s. 24(2) whenever it is tendered at a Canadian trial, irrespective of where it was gathered.

23 The first answer to this argument is that s. 24(2) is not an independent source of *Charter* rights; it is merely a remedy for their breach. The argument amounts to a plea that this Court should, in the name of fairness, treat conduct which is not governed by the *Charter* as a “constructive” breach of the rights it protects. In short, we are asked to rewrite the *Charter*. That, in my view, is something this Court cannot and should not do. The framers of the *Charter* must be taken to have been aware of the principle of international law which, as a general rule, precludes the application of domestic laws or procedural codes to a process of enforcement effected on foreign soil. It is not for this Court to so extend its ambit.

24 The second answer to this argument is that it is not in fact unfair to treat evidence gathered abroad differently from evidence gathered on Canadian soil. People should reasonably expect to be governed by the laws of the state in which they currently abide, not those of the state in which they formerly resided or continue to maintain a principal residence: *Harrer, supra*, at para. 50; *Tolofson, supra*. The appellant’s argument amounts to asserting that a Canadian traveller takes Canadian law with him or her, a proposition that is belied by the principle that within its territory, a state is exclusively competent to exercise an enforcement jurisdiction.

25 Nor does this leave the traveller abroad without a remedy for abuse in the course of foreign evidence-gathering. As this Court articulated in *Harrer, supra*, while s. 24(2) of the *Charter* may not be available in such a case, other provisions are. The *Charter* guarantees the accused a fair

l’étranger différemment de la preuve recueillie au Canada. Du point de vue de l’équité, affirme-t-il, il importe peu pour l’accusé que la conduite policière en question ait été adoptée ici au pays ou à l’étranger. Il devrait être permis d’écarter, conformément au par. 24(2), les éléments de preuve obtenus en contravention des normes canadiennes dans tous les cas où ils sont déposés à un procès tenu au Canada, peu importe où ils ont été obtenus.

La première réponse à cet argument est que le par. 24(2) n’est pas une source indépendante de droits garantis par la *Charte*; il ne constitue qu’un moyen de remédier à leur violation. L’argument revient à plaider que notre Cour devrait, au nom de l’équité, traiter une conduite non régie par la *Charte* comme si elle constituait une violation «par interprétation» des droits qui y sont protégés. Bref, on nous demande de récrire la *Charte*. C’est là, à mon avis, une chose que notre Cour ne peut pas et ne devrait pas faire. Il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* connaissaient le principe de droit international qui, en général, interdit l’application de lois ou de codes de procédure internes à un processus de maintien de l’ordre à l’étranger. Il n’appartient pas à notre Cour d’en élargir ainsi la portée.

La deuxième réponse à cet argument est qu’il n’est pas, en fait, inéquitable de traiter la preuve recueillie à l’étranger différemment de la preuve recueillie au Canada. Les gens devraient raisonnablement s’attendre à être régis par les lois du pays où ils se trouvent, et non par celles du pays où ils résidaient antérieurement ou dans lequel ils maintiennent leur résidence principale: *Harrer, précité*, au par. 50; *Tolofson, précité*. L’argument de l’appelant revient à affirmer qu’un voyageur canadien emporte avec lui les lois canadiennes, ce que dément le principe voulant que tout État ait compétence exclusive sur son territoire quant aux lois qui s’y appliquent.

Le voyageur n’est pas pour autant laissé à la merci des abus qui peuvent être commis lors d’une collecte d’éléments de preuve à l’étranger. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Harrer, précité*, même s’il se peut que le par. 24(2) de la *Charte* ne puisse pas être invoqué dans ces

trial: s. 11(d). More generally, the *Charter* provides that the accused's liberty cannot be limited except in accordance with the principles of fundamental justice: s. 7. To admit evidence gathered in an abusive fashion may well violate the principles of fundamental justice. For example, the common law confessions rule was extended in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. The principle against self-incrimination has similarly been held to be one of the principles of fundamental justice under s. 7: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *per* Iacobucci J. The accused may use these and other principles of fundamental justice to obtain redress for abuses abroad in gathering evidence subsequently tendered against him or her.

I come finally to the appellant's argument on policy. The appellant argues that unless foreign police are "obliged" to conform to the *Charter*, Canadian police will circumvent *Charter* guarantees by gathering evidence through foreign police bound by lower procedural standards. I cannot accept this submission. First, it is the decision of the suspect to go abroad that triggers the application of the foreign law. Thus the situation was not one that can be created or manipulated by the Canadian police in order to facilitate gathering evidence. Second, even if the *Charter* does not apply abroad, Canadian police have an incentive to encourage foreign police cooperating with them to observe high standards in order to avoid the possibility of having the evidence excluded or a stay entered on the ground that its use would violate the principles of fundamental justice or render the trial unfair. Finally, any attempt to bind foreign police by Canadian law would be impossible to regulate. Police are sworn to uphold the law of their own land, not someone else's. Moreover, the concurrence of two sets of legal obligations applicable to the same police force might well produce confusion. The foreign police may be initially investigating a suspect at the request of the RCMP, but if

circstances, d'autres dispositions peuvent l'être. La *Charte* garantit à l'accusé un procès équitable: al. 11d). De façon plus générale, la *Charte* prévoit que la liberté de l'accusé ne peut être limitée que conformément aux principes de justice fondamentale: art. 7. Il se peut bien que l'utilisation d'éléments de preuve recueillis d'une façon abusive viole les principes de justice fondamentale. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, la règle des confessions en common law a été élargie conformément aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. De même, on a jugé que le principe interdisant l'auto-incrimination était l'un des principes de justice fondamentale évoqués à l'art. 7: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, le juge Iacobucci. L'accusé peut invoquer ces principes et d'autres principes de justice fondamentale pour obtenir réparation pour des abus commis à l'étranger lors de la collecte d'éléments de preuve subséquemment déposés contre lui.

J'examine finalement l'argument de principe de l'appelant. L'appelant fait valoir qu'à moins que les policiers étrangers ne soient «forcés» de se conformer à la *Charte*, la police canadienne contournera les garanties de la *Charte* en recueillant des éléments de preuve par l'entremise de policiers étrangers qui sont tenus de respecter des normes procédurales moins strictes. Je ne puis retenir cet argument. Premièrement, c'est la décision du suspect d'aller à l'étranger qui déclenche l'application du droit étranger. Il ne s'agissait donc pas d'une situation qui peut être créée ou manipulée par la police canadienne afin de faciliter la collecte d'éléments de preuve. Deuxièmement, même si la *Charte* ne s'applique pas à l'étranger, la police canadienne a intérêt à encourager les policiers étrangers qui collaborent avec elle à respecter des normes strictes, afin d'éviter la possibilité que les éléments de preuve recueillis ne soient écartés ou qu'un arrêt des procédures ne soit ordonné pour le motif que l'utilisation de ces éléments violerait les principes de justice fondamentale ou rendrait le procès inéquitable. Enfin, toute tentative de forcer les policiers étrangers à observer le droit canadien serait impossible à mettre en pratique. Les policiers sont assermentés pour faire respecter les lois

they have reason to believe he or she has committed an offence in their country as well, which country's procedural rules would they follow? How would a lawyer advise an accused about his or her rights? How could the accused make a sensible decision on what those rights are? The rules governing the gathering of evidence must be clear and simple, as well as fair. The general principle is that the law of the land in which one finds oneself governs the conduct of the enforcement process, supplemented, as fairness requires it, with the right to provide relief at trial. This affords the best chance of securing both clarity and fairness.

de leur propre pays, et non celles d'un autre. De plus, le fait que deux ensembles d'obligations juridiques soient simultanément applicables au même corps policier pourrait bien engendrer de la confusion. Il se peut qu'au départ des policiers étrangers enquêtent sur un suspect à la demande de la GRC, mais s'ils ont des motifs de croire qu'il a commis une infraction dans leur propre pays aussi, quelles règles de procédure suivraient-ils alors? Comment un avocat informerait-il l'accusé de ses droits? Comment l'accusé pourrait-il prendre une décision raisonnable sur l'état de ces droits? Les règles régissant la collecte d'éléments de preuve doivent être claires et simples, en plus d'être équitables. La règle générale veut que ce soit le droit du pays où quelqu'un se trouve qui régisse le déroulement du processus de maintien de l'ordre, le tout complété, comme l'exige l'équité, par le droit d'accorder réparation lors du procès. Cette règle offre les meilleures chances de garantir tant la clarté que l'équité.

27 I conclude that the appellant's contention that the conduct of the Santa Rosa police amounts to a *Charter* breach must fail. The officers were bound only by the laws of California. Even if one could somehow classify them as "agents" of the Canadian police, so long as they operated in California they would be governed by California law. In view of this conclusion, it is unnecessary to determine whether the police in California were acting as agents of the Canadian police.

Je conclus que la prétention de l'appelant que la conduite des policiers de Santa Rosa constitue une violation de la *Charte* doit être rejetée. Ces policiers n'étaient tenus de respecter que les lois de la Californie. Même s'ils pouvaient de quelque façon être qualifiés de «mandataires» de la police canadienne, dans la mesure où ils agissaient en Californie, ils étaient assujettis aux lois de la Californie. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de déterminer si les policiers californiens agissaient comme mandataires de la police canadienne.

The Admissibility of Evidence of the Dream and the Poem

L'admissibilité en preuve du rêve et du poème

28 The appellant contends that a poem seized from his bedroom referring to the taking of a life, entered without objection at trial, should not have been admitted. An admission against interest made by the accused is admissible as a recognized exception to the hearsay rule, provided that its probative value outweighs its prejudicial effect.

L'appelant affirme que l'on n'aurait pas dû admettre le poème évoquant un homicide, qui a été confisqué dans sa chambre à coucher et dont le dépôt en preuve lors du procès n'a fait l'objet d'aucune opposition. Un aveu fait par l'accusé contre ses intérêts est admissible en vertu d'une exception reconnue à la règle du oui-dire, dans la mesure où sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable.

The probative value of the poem on the ultimate issue is not great. As a form of artistic expression, a poem is not necessarily probative of the "truth" expressed therein; an author may have any number of motivations for expressing him- or herself in a given fashion, only one of which is to recite what he or she did. Moreover, this poem's connection with known events is tenuous. No names were mentioned. The poem is undated. No details of the "crime" described in the poem were provided other than a reference to the use of a "knife". At the same time, its prejudicial effect was considerable. The danger existed that the jury would accept the poem's oblique factual similarity with actual events to infer directly that the appellant was the author of both the poem and the events.

These concerns, however real, were alleviated by the careful instruction the jury received on the use of the poem. The trial judge charged the jury that it could conclude that the poem represented a "lament about the killing in question", but was not to use it in isolation as direct proof of the fact the appellant committed the act. It was admissible, he instructed, as a link in the chain of inferences tending to establish guilt; the strength of that link was for the jury to determine based on the cogency of the connecting inferences and the number and nature of alternative innocent inferences. Defence counsel specifically alerted the jury to the fact that the appellant was the author of numerous poems written prior to the killing, some of which conjured up scenes of violence. And there was nothing in the Crown's address that was capable of "inflaming the emotions of the jurors" to the point where they would overlook the fact that an inference equally consistent with innocence could be drawn from the poem. Accordingly, I conclude that admission of the poem was proper.

The admissibility of the evidence about the appellant's dream was raised for the first time in this Court. In my view, the submission was without merit. The limited value of the dream was

Le poème n'a pas une très grande valeur probante quant à la question cruciale. Comme forme d'expression artistique, un poème n'est pas nécessairement probant quant à la «véracité» de son contenu; un auteur peut s'exprimer d'une certaine façon pour toutes sortes de raisons, dont la volonté de raconter ce qu'il a fait. De plus, le lien entre ce poème et les faits connus est ténu. Aucun nom n'y est mentionné. Il n'est pas daté. Aucun détail n'était donné sur le «crime» évoqué dans le poème, si ce n'est l'utilisation d'un «couteau». En même temps, son effet préjudiciable était considérable. Il y avait risque que le jury accepte la similitude indirecte des faits relatés dans le poème avec des événements véritables pour conclure directement que l'appelant était l'auteur tant du poème que des faits relatés.

Ces préoccupations, bien que réelles, ont été dissipées par les directives méticuleuses données au jury sur l'utilisation du poème. Le juge du procès a indiqué au jury qu'il pouvait conclure que le poème représentait une [TRADUCTION] «lamentation au sujet de l'homicide en question», mais qu'il ne devrait pas l'utiliser isolément comme preuve directe que l'appelant avait accompli l'acte reproché. Le poème était admissible, leur a-t-il dit, comme maillon dans la chaîne de déductions tendant à établir la culpabilité; il appartenait au jury de déterminer la force de ce maillon en fonction du bien-fondé des déductions tendant à établir l'existence d'un lien, ainsi que du nombre et de la nature des autres déductions tendant, elles, à établir l'innocence. L'avocat de la défense a expressément sensibilisé le jury au fait que l'appelant avait rédigé de nombreux poèmes avant l'homicide, dont certains évoquaient des scènes de violence. Et rien dans la plaidoirie du ministère public n'était de nature à «enflammer les jurés» au point de leur faire oublier qu'il était tout aussi plausible de se fonder sur le poème pour conclure à l'innocence. Par conséquent, je conclus que le poème a été régulièrement admis en preuve.

La question de l'admissibilité en preuve du rêve de l'appelant a été soulevée pour la première fois devant notre Cour. À mon avis, cet argument n'avait aucun fondement. Il était évident que la

29

30

31

apparent. It figured only as part of the narrative of the appellant's conduct after the crime. While the dream was "unreal", its narration was an actual event to which witnesses could testify. It was never suggested that the jury should treat the dream as an admission of the appellant's guilt. As with the poem, different inferences could be drawn from the evidence of the dream. The trial judge made it clear that it was for the jury to decide what inference, if any, should be drawn in the context of all the evidence.

Disposition

32 I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lugosi & Company, Prince George.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Prince George.

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

valeur du rêve était limitée. Il ne représentait qu'une partie du récit de la conduite de l'appelant après le crime. Malgré l'«irréalité» du rêve, sa narration était un fait sur lequel pouvaient porter des témoignages. On n'a jamais laissé entendre que le jury devrait considérer le rêve comme un aveu de culpabilité de la part de l'appelant. Comme pour le poème, différentes déductions pouvaient être faites à partir du rêve soumis en preuve. Le juge du procès a clairement dit au jury qu'il lui appartenait de décider quelle déduction, s'il y a lieu, devrait être faite compte tenu de l'ensemble de la preuve.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Lugosi & Company, Prince George.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Prince George.

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

John Alexander Sarson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SARSON

File No.: 24233.

1996: February 22; 1996: May 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Prerogative writs — Habeas corpus — Accused convicted of murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 15 years — Accused convicted under provision subsequently struck down as unconstitutional — Whether accused's continued detention gives rise to right to habeas corpus.

While driving home from work in the early morning hours, the victim stopped on the side of a downtown street to offer assistance to a fellow motorist in a disabled motor vehicle. When he emerged from his car to help the motorist, the accused and two accomplices waylaid him and forced him back into his vehicle. As the accused and his accomplices drove the victim away in his car, witnesses could hear the sound of a gunshot fired within the car. The victim's body was eventually discovered in an isolated area. The accused's coat was subjected to forensic examination, which revealed five specks of tissue which were consistent with the victim's body. In addition, the legs of the accused's pants were found to be wet, as if he had been walking in an area covered with snow such as the one in which the victim's body was found. One of the accused's accomplices eventually confessed to having fired the fatal shot into the victim's head. Because the accused was a party to the offences of unlawful confinement and robbery which led to the victim's death, he was clearly guilty of constructive murder under s. 213(d) of the *Criminal Code*. The accused pleaded guilty to the lesser included offence of second degree murder, and was sentenced to life imprisonment without the potential for parole for 15 years. Eleven months later this Court rendered its judgment in *Vaillancourt*, striking down s. 213(d) as uncon-

John Alexander Sarson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SARSON

N° du greffe: 24233.

1996: 22 février; 1996: 30 mai.

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

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

Droit criminel — Brefs de prérogative — Habeas corpus — Accusé déclaré coupable de meurtre et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans — Accusé déclaré coupable en vertu d'une disposition ultérieurement déclarée inconstitutionnelle — Le maintien de la détention de l'accusé donne-t-elle droit à l'habeas corpus?

Alors qu'elle revenait du travail aux petites heures du matin, la victime s'est arrêtée le long d'une rue au centre-ville pour venir en aide à un automobiliste en panne. Lorsqu'elle est sortie pour aider l'automobiliste, la victime a été abordée par l'accusé et deux complices, qui l'ont forcée à remonter dans sa voiture. Lorsque l'accusé et ses complices sont partis avec la victime dans sa voiture, des témoins ont entendu un coup de feu tiré à l'intérieur de la voiture. Le corps de la victime a finalement été découvert dans un endroit isolé. Le manteau de l'accusé a été soumis à une expertise judiciaire, qui a révélé la présence de cinq particules de tissus compatibles avec ceux de la victime. De plus, on a constaté que les jambes du pantalon de l'accusé étaient mouillées comme s'il avait marché dans un endroit recouvert de neige comme celui où le corps de la victime a été découvert. L'un des acolytes de l'accusé a finalement admis avoir tiré le coup fatal à la tête de la victime. Parce qu'il était partie aux infractions de séquestration et de vol qualifié qui ont abouti à la mort de la victime, l'accusé était manifestement coupable de meurtre par imputation aux termes de l'al. 213d) du *Code criminel*. L'accusé a plaidé coupable relativement à l'infraction moindre et incluse de meurtre au deuxième degré et a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans. Onze mois plus

stitutional. The accused's application to the Court of Appeal to extend the time in which he could appeal his conviction and sentence, on the basis that the provision under which he had been convicted was struck down, was refused. The accused then brought an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid, seeking various orders quashing his warrant of committal and declaring him immediately eligible for parole. This application was refused by the Ontario Court (General Division), and that decision was upheld by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Where a court has exceeded its jurisdiction in ordering the imprisonment of the accused, resort may be had to a writ of *habeas corpus* to secure the release of the wrongly imprisoned person. Since a challenge to the jurisdiction of a convicting court is a very serious matter, the common law permitted the issuance of the writ of *habeas corpus* only in certain limited cases. The jurisdiction of a superior court was insulated from collateral attacks and could only be questioned on appeal. In the instant appeal, the accused properly admitted that *habeas corpus* would not be available under the rules of the common law. In addition to these bars to *habeas corpus*, the common law has imposed strict limitations on the ability of an accused to attack his conviction on the basis of subsequently decided judicial authorities. Unless the accused is still "in the judicial system", an accused is unable to reopen his or her case and rely on subsequently decided judicial authorities, even where the provision under which the accused was convicted is subsequently declared unconstitutional. Finality in criminal proceedings is of the utmost importance but the need for finality is adequately served by the normal operation of *res judicata*. Since the accused in this case is no longer able to appeal his conviction, he is not "in the judicial system" and is therefore not entitled to apply for *habeas corpus*. The doctrine of *res judicata* is a conclusive answer to an accused's collateral attack on his or her conviction, such as an application for *habeas corpus*. All such collateral attacks will fail on the ground that the accused is in custody pursuant to the judgment of a court of competent jurisdiction.

tard, notre Cour a rendu l'arrêt *Vaillancourt*, annulant l'al. 213*d*) pour motif d'inconstitutionnalité. L'accusé a demandé à la Cour d'appel de proroger le délai d'appel contre la déclaration de culpabilité et la peine prononcées contre lui, pour le motif qu'il y avait eu annulation de la disposition en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable, mais cette demande a été refusée. L'accusé a alors déposé une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* à l'appui, en vue d'obtenir diverses ordonnances portant annulation du mandat de dépôt et le déclarant immédiatement admissible à la libération conditionnelle. La Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté cette demande, et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Dans le cas où la cour a excédé sa compétence en ordonnant l'emprisonnement de l'accusé, le recours au bref d'*habeas corpus* peut être utilisé pour obtenir la libération de la personne emprisonnée à tort. Puisque contester la compétence de la cour ayant prononcé la culpabilité est une chose fort sérieuse, la common law ne permettait la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* que dans certains cas restreints. La compétence d'une cour supérieure ne pouvait pas être attaquée indirectement et elle ne pouvait être contestée qu'en appel. En l'espèce, l'accusé a eu raison d'admettre que les règles de common law ne lui permettaient pas d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. Outre ces restrictions en matière d'*habeas corpus*, la common law a imposé des restrictions strictes à la capacité d'un accusé d'attaquer sa condamnation en se fondant sur une jurisprudence subséquente. Sauf dans le cas où l'affaire est toujours «en cours», l'accusé ne pourra pas faire rouvrir son dossier et faire valoir une jurisprudence subséquente, même si la disposition en vertu de laquelle il a été reconnu coupable est déclarée inconstitutionnelle par la suite. Il est de la plus haute importance qu'une instance criminelle ait un caractère définitif, mais l'application normale du principe de l'autorité de la chose jugée répond adéquatement à ce besoin. Puisque l'accusé en l'espèce ne peut plus en appeler de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, l'affaire n'est plus «en cours» et il n'a donc pas le droit de présenter une demande d'*habeas corpus*. L'application du principe de l'autorité de la chose jugée constitue une réponse définitive à une attaque indirecte contre la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé, par exemple, une demande d'*habeas corpus*. Toutes ces attaques indirectes échoueront pour le motif que l'accusé est détenu conformément au jugement d'un tribunal compétent.

In the alternative, on the assumption that the appropriate characterization of the accused's application is an attack on his alleged unlawful detention, his continued detention pursuant to a conviction for second degree murder does not amount to a breach of the tenets of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the accused's conviction was entered under a constitutionally infirm provision of the *Code*, it is clear that his involvement in the victim's death could easily have supported a conviction under several *Criminal Code* provisions aside from s. 213(d). The combined effect of the evidence is to make it virtually certain that the accused was at the scene of the execution-style killing, supporting his culpability for the murder of the victim. The force of the evidence was indeed so great that the accused pleaded guilty to the offence of second degree murder, and his counsel agreed to the sentence of life imprisonment without parole for 15 years, which is greater than the minimum sentence required. The evidence makes it clear that the guilty plea entered was the result of an agreement between counsel. Had the accused been convicted under another *Code* provision, his sentence might well have been greater than the one he in fact received. The appropriate remedy for persons who are imprisoned pursuant to a law subsequently declared unconstitutional, who have exhausted their appeals and are unable to show that their sentence fails to accord with the *Charter*, is an appeal to the royal prerogative of mercy.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Sopinka J.'s result and analysis of the doctrine of *res judicata* were agreed with. Even though the accused's application for *habeas corpus* is formulated as a challenge to the legality of his incarceration, it is predicated on the unconstitutionality of the crime of which he was convicted, and therefore amounts to an impermissible collateral attack against his conviction. The statements made by Sopinka J. in *obiter* concerning *habeas corpus* under the *Charter* should not be taken to mean that when an offence is declared unconstitutional, persons who were previously convicted of the offence have a potential s. 7 remedy against their continued incarceration depending on the strength of the evidence against them. Any application for *habeas corpus* in such circumstances would be precluded by *res judicata*. The practical problems associated with reopening convictions make it essential to have a rule which permits an accused to contest his conviction throughout the appeals

Subsidiairement, en supposant que la caractérisation appropriée de la demande de l'accusé est bien une attaque contre sa détention prétendument illégale, le fait qu'il continue d'être détenu suite à une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré n'équivaut pas à une violation des préceptes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien que l'accusé ait été déclaré coupable en vertu d'une disposition inconstitutionnelle du *Code*, il est clair que sa participation à la mort de la victime aurait facilement pu étayer une déclaration de culpabilité en vertu de plusieurs dispositions du *Code criminel* autres que l'al. 213d). Vu l'effet conjugué des éléments de preuve, il est presque certain que l'accusé se trouvait sur les lieux du meurtre assimilable à une exécution, et ce fait appuie sa culpabilité relativement au meurtre de la victime. En fait, la force de la preuve était si grande que l'accusé a plaidé coupable relativement à l'infraction de meurtre au deuxième degré, et son avocat a accepté la peine d'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans, peine plus sévère que la peine minimale prévue. La preuve établit clairement que le plaidoyer de culpabilité a été inscrit à la suite d'une entente entre les avocats. Si l'accusé avait été déclaré coupable en vertu d'une autre disposition du *Code*, il aurait pu être condamné à une peine plus longue que celle qu'il a reçue. La prérogative royale de clémence est la réparation appropriée pour les personnes emprisonnées en vertu d'une règle de droit déclarée inconstitutionnelle par la suite, qui ont épuisé leurs droits d'appel et ne sont pas en mesure de démontrer que la peine qui leur a été infligée n'est pas conforme à la *Charte*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Le résultat auquel arrive le juge Sopinka ainsi que son analyse du principe de l'autorité de la chose jugée sont acceptés. Même si elle est formulée sous forme de contestation de la légalité de son incarceration, la requête en *habeas corpus* de l'accusé est en fait fondée sur l'inconstitutionnalité du crime dont il a été déclaré coupable et elle équivaut donc à une attaque indirecte non permise contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Les remarques incidentes du juge Sopinka concernant l'*habeas corpus* en vertu de la *Charte* ne devraient pas être interprétées comme signifiant que les personnes déclarées coupables d'une infraction — ultérieurement déclarée inconstitutionnelle — pourraient, dépendant du poids de la preuve contre elles, obtenir réparation en vertu de l'art. 7 à l'encontre du maintien de leur incarceration. Le principe de l'autorité de la chose jugée écarterait dans ces circonstances toute demande d'*habeas corpus*. Vu les problèmes pratiques

process, but which considers the matter *res judicata* once all appeals have been exhausted.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713; **distinguished:** *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; **referred to:** *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *R. v. Gamble* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415, leave to appeal refused, [1978] 2 S.C.R. vii.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(d) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 13].

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
Manson, Allan. «Vaillancourt: A Criminal Reports Forum — Implications for Persons Convicted of Murder» (1987), 60 C.R. (3d) 339.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 88 C.C.C. (3d) 95, affirming a decision of the Ontario Court (General Division) (1992), 73 C.C.C. (3d) 1, refusing the appellant's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal dismissed.

Timothy E. Breen and *James Stribopoulos*, for the appellant.

Robert W. Hubbard and *Marlene Thomas*, for the respondent the Attorney General of Canada.

qu'il y a à rouvrir les dossiers dans lesquels une déclaration de culpabilité a été prononcée, il est essentiel d'avoir une règle qui permette à un accusé de contester en appel la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, mais qui considère l'affaire comme assujettie au principe de l'autorité de la chose jugée lorsque toutes les voies d'appel ont été épuisées.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; **arrêts mentionnés:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *R. c. Gamble* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415, autorisation de pourvoi refusée, [1978] 2 R.C.S. vii.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213(d) [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 13].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
Manson, Allan. «Vaillancourt: A Criminal Reports Forum — Implications for Persons Convicted of Murder» (1987), 60 C.R. (3d) 339.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 88 C.C.C. (3d) 95, qui a confirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1992), 73 C.C.C. (3d) 1, qui avait refusé la demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* à l'appui présentée par l'appelant. Pourvoi rejeté.

Timothy E. Breen et *James Stribopoulos*, pour l'appelant.

Robert W. Hubbard et *Marlene Thomas*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Kenneth L. Campbell and Gary T. Trotter, for the respondent the Attorney General for Ontario.

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

SOPINKA J. — The appellant John Alexander Sarson is a convicted murderer who has been sentenced to serve the rest of his life in prison without the chance of parole for 15 years. The appellant's conviction was entered under s. 213(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as a result of the appellant's involvement in the death of Michael Crispin. The provision under which the appellant was convicted was struck down by this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, owing to a conflict with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In light of this Court's decision in *Vaillancourt*, the appellant now applies for a writ of *habeas corpus* on the grounds that the crime of which he was convicted was constitutionally invalid. In the appellant's submission, his continued detention pursuant to a conviction under an unconstitutional law amounts to a legal error resulting in a loss of jurisdiction by the convicting court, and a breach of *Charter* rights giving rise to the appellant's right to *habeas corpus*. In the reasons that follow, I conclude that the appellant has not made out a case for *habeas corpus*.

I. Facts

While driving home from work in the early morning hours of March 5, 1985, Michael Crispin stopped on the side of Queen Street West to offer assistance to a fellow motorist in a disabled motor vehicle. When Mr. Crispin emerged from his car to help the motorist, the appellant and two accomplices waylaid the good Samaritan and forced him back into his Lincoln Continental. The appellant and his accomplices (Vince and Racky) were in possession of a shotgun, which they used to force Mr. Crispin to comply with their demands. Witnesses in the area heard Mr. Crispin cry "No gun, I

Kenneth L. Campbell et Gary T. Trotter, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

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

LE JUGE SOPINKA — L'appelant, John Alexander Sarson, a été déclaré coupable de meurtre et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans. Il a été déclaré coupable en vertu de l'al. 213d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, pour sa participation à la mort de Michael Crispin. Notre Cour a annulé cette disposition dans *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, parce qu'elle était incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'appelant invoque l'arrêt *Vaillancourt* pour demander un bref d'*habeas corpus* en faisant valoir que la disposition créant le crime dont il a été déclaré coupable était inconstitutionnelle. À son avis, le maintien de sa détention conformément à une déclaration de culpabilité fondée sur une règle de droit inconstitutionnelle équivaut à une erreur de droit qui fait perdre sa compétence au tribunal qui a prononcé cette culpabilité et à une violation des droits que lui garantit la *Charte*, donnant ainsi ouverture à son droit à l'*habeas corpus*. Dans les motifs qui suivent, je conclus que l'appelant n'a pas établi le bien-fondé de sa demande d'*habeas corpus*.

I. Les faits

Alors qu'il revenait du travail aux petites heures du matin le 5 mars 1985, Michael Crispin s'est arrêté le long de la rue Queen ouest pour venir en aide à un automobiliste en panne. Lorsqu'il est sorti de sa voiture pour aider l'automobiliste, le bon Samaritain a été abordé par l'appelant et deux complices, qui l'ont forcé à remonter dans sa Lincoln Continental. L'appelant et ses complices (Vince et Racky) étaient en possession d'un fusil de chasse, qu'ils ont utilisé pour forcer M. Crispin à se plier à leurs exigences. Des témoins sur les lieux ont entendu ce dernier crier: [TRADUCTION]

want to live". As the appellant and his accomplices drove Mr. Crispin away in the Continental, witnesses could hear the sound of a gunshot fired within the car.

4 Approximately one hour after accosting Mr. Crispin, the appellant and his cohorts attempted several bank transactions at an automated teller using Mr. Crispin's card. The appellant and his friends withdrew \$200 from Crispin's account, indicating that they had somehow obtained Crispin's personal banking number.

5 At approximately 5:00 a.m., Constable Vandenburg of the Durham Regional Police observed the appellant and his accomplices at a convenience store in Whitby. Crispin's Lincoln Continental was idling in the parking lot of the store. Constable Vandenburg observed the appellant and his friends for several minutes, watching them eventually drive away.

6 After following the Continental for a brief period, Constable Vandenburg finally stopped the appellant and his companions. The appellant was driving the vehicle, and produced identification at the request of Constable Vandenburg. The identification in question was that of Michael Crispin, the man who had just been killed by the appellant and his cohorts. Constable Vandenburg examined the identification produced by the appellant, and asked the appellant to state his name. The appellant replied that his name was "Christopher". The name on the identification given to Constable Vandenburg was "Michael". Constable Vandenburg, suspecting that something was afoot, escorted the appellant to the police cruiser and asked him several questions.

7 Based on the appellant's answers to his inquiries, Constable Vandenburg arrested the appellant for possession of stolen property. The constable searched the appellant and discovered live shotgun ammunition on his person.

8 With the assistance of a back-up unit, Constable Vandenburg returned to the Lincoln Continental and arrested the appellant's cohorts, Vince and Racky. When the Continental was searched, the

«Pas de fusil, je veux vivre». Lorsque l'appelant et ses complices sont partis avec M. Crispin dans la Continental, des témoins ont entendu un coup de feu tiré à l'intérieur de la voiture.

Approximativement une heure après avoir abordé M. Crispin, l'appelant et ses acolytes ont utilisé sa carte pour tenter de faire plusieurs opérations bancaires à un guichet automatique. Ils ont retiré 200 \$ du compte de M. Crispin, ce qui indiquait qu'ils avaient d'une façon ou d'une autre obtenu son numéro d'identification personnel.

Vers cinq heures, l'agent Vandenburg de la police régionale de Durham a vu l'appelant et ses acolytes dans un dépanneur de Whitby. Le moteur de la Lincoln Continental de M. Crispin tournait au ralenti dans le stationnement du magasin. L'agent a observé l'appelant et ses amis pendant plusieurs minutes, et les a finalement vus partir dans le véhicule.

Après avoir suivi la Continental pendant quelque temps, l'agent Vandenburg a finalement interpellé l'appelant et ses compagnons. L'appelant était au volant du véhicule et a produit des pièces d'identité à la demande de l'agent. Ces pièces étaient au nom de Michael Crispin, l'homme qui venait d'être tué par l'appelant et ses acolytes. L'agent a examiné les pièces produites par l'appelant et lui a demandé son nom. L'appelant a répondu «Christopher». Le nom figurant sur les pièces d'identité était «Michael». Soupçonnant quelque chose de louche, l'agent a demandé à l'appelant de le suivre jusqu'à la voiture de patrouille où il lui a posé plusieurs questions.

Se fondant sur les réponses de l'appelant, l'agent Vandenburg l'a arrêté pour possession d'un bien volé. Il a fouillé l'appelant et a découvert sur lui des cartouches de fusil de chasse chargées.

Avec l'aide d'une équipe de renfort, l'agent Vandenburg est retourné à la Lincoln Continental et a arrêté les acolytes de l'appelant, Vince et Racky. Lorsqu'ils ont fouillé la Continental, les

police discovered a loaded sawed-off shotgun beneath the passenger seat in the front of the car.

At approximately 6:55 a.m., the appellant and his accomplices were escorted to a police station where the appellant was charged with possession of a prohibited weapon and obstructing the police. The appellant denied any knowledge of Michael Crispin, and claimed that he had obtained Crispin's vehicle from "[t]he guy at the Parkdale Hotel". When questioned about the live shotgun shells in his possession, the appellant offered no explanation aside from the fact that the shells "weren't in the gun".

Michael Crispin's body was eventually discovered on March 11, 1985. His corpse was found in an isolated area in Durham. A scarf had been used to "gag" Mr. Crispin, who had a gaping head wound consistent with a point-blank shotgun blast.

The appellant's coat was subjected to forensic examination, which revealed five specks of tissue which were consistent with the body of the deceased. In addition, the legs of the appellant's pants were found to be wet, as if the appellant had been walking in an area covered with snow such as the one in which Mr. Crispin's body was found. One of the appellant's cohorts (Mr. Vince) eventually confessed to having fired the fatal shot into Crispin's head.

Because the appellant was a party to the offences of unlawful confinement and robbery which led to the death of Mr. Crispin, the appellant was clearly guilty of "constructive murder" or "felony murder" under s. 213(d) of the *Criminal Code*. The appellant pleaded guilty to the lesser included offence of second degree murder, and was sentenced to life imprisonment without the potential for parole for 15 years. Mr. Vince was convicted of first degree murder, and sentenced to life in prison without parole for 25 years. Miss Racky, who could not be placed at the scene of the crime at the time that Crispin was killed, was

policiers ont découvert sous la banquette avant du passager un fusil de chasse tronqué chargé.

Vers 6 h 55, l'appelant et ses complices ont été conduits à un poste de police, où l'appelant a été accusé de possession d'une arme prohibée et d'entrave à un agent de la paix dans l'exercice de ses fonctions. L'appelant a nié connaître Michael Crispin, et a dit avoir obtenu son véhicule d'[TRANSDUCTION] «[u]n gars à l'hôtel Parkdale». Lorsqu'on l'a interrogé relativement aux cartouches chargées en sa possession, l'appelant n'a pas donné d'explication, sauf pour dire qu'elles [TRANSDUCTION] «n'étaient pas dans le fusil».

Le corps de Michael Crispin a finalement été découvert le 11 mars 1985, dans un endroit isolé à Durham. On s'était servi d'un foulard pour le «bâillonner» et il avait à la tête une blessure béante de la nature de celle causée par un coup de fusil tiré à bout portant.

Le manteau de l'appelant a été soumis à une expertise judiciaire, qui a révélé la présence de cinq particules de tissus compatibles avec ceux de la victime. De plus, on a constaté que les jambes du pantalon de l'appelant étaient mouillées comme s'il avait marché dans un endroit recouvert de neige comme celui où le corps de M. Crispin a été découvert. Par la suite, un des acolytes de l'appelant (Vince) a admis avoir tiré le coup fatal à la tête de M. Crispin.

Parce qu'il était partie aux infractions de séquestration et de vol qualifié qui ont abouti à la mort de M. Crispin, l'appelant était manifestement coupable de «meurtre par imputation» ou «d'homicide concomitant d'une infraction majeure» aux termes de l'al. 213d) du *Code criminel*. Il a plaidé coupable relativement à l'infraction moindre et incluse de meurtre au deuxième degré et a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans. Vince a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité, sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 25 ans. Quant à M^{lle} Racky, elle a été déclarée coupable d'homicide involontaire coupable et condamnée à quatre ans d'emprisonnement puisque l'on

9

10

11

12

convicted of manslaughter and sentenced to four years in prison.

13 Eleven months after the appellant entered his plea of guilty to the offence of second degree murder, this Court rendered its judgment in *Vaillancourt, supra*. In that case, the Court concluded that s. 213(d) of the *Criminal Code* (the provision under which the appellant was convicted) was inconsistent with s. 7 of the *Charter*. As a result of that conclusion, s. 213(d) of the *Criminal Code* was struck down pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

14 Two and one-half years after the *Vaillancourt* decision, the appellant sought leave before the Ontario Court of Appeal to extend the time in which he could appeal his conviction and sentence, on the basis that the provision under which he had been convicted was struck down. This application for an extension of time was refused. The appellant also brought an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid, seeking various orders quashing his warrant of committal and declaring him immediately eligible for parole. This application was refused by Watt J. of the Ontario Court (General Division): (1992), 73 C.C.C. (3d) 1. Watt J.'s decision was upheld by the unanimous Court of Appeal: (1994), 88 C.C.C. (3d) 95. The appellant now appeals his *habeas corpus* application to this Court.

II. Statutory Provisions

15 Before it was struck down by this Court in *Vaillancourt*, s. 213(d) of the *Criminal Code* provided as follows:

213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit . . . kidnapping [or] forcible confinement . . . [or] robbery . . . whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

...

(d) he uses a weapon or has it upon his person

n'a pu établir qu'elle se trouvait sur le lieu du crime au moment où M. Crispin a été tué.

Onze mois après le plaidoyer de culpabilité de l'appelant relativement à l'infraction de meurtre au deuxième degré, notre Cour a rendu l'arrêt *Vaillancourt*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que l'al. 213d) du *Code criminel* (la disposition en vertu de laquelle l'appelant a été déclaré coupable) était incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, la Cour a déclaré l'al. 213d) inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Deux ans et demi après l'arrêt *Vaillancourt*, l'appelant a demandé à la Cour d'appel de l'Ontario de proroger le délai d'appel contre la déclaration de culpabilité et la peine prononcées contre lui, pour le motif qu'il y avait eu annulation de la disposition en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable. Cette demande de prorogation de délai a été refusée. L'appelant a aussi déposé une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* à l'appui, en vue d'obtenir diverses ordonnances portant annulation du mandat de dépôt et le déclarant immédiatement admissible à la libération conditionnelle. Le juge Watt de la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté cette demande: (1992), 73 C.C.C. (3d) 1. La Cour d'appel à l'unanimité a confirmé la décision du juge Watt: (1994), 88 C.C.C. (3d) 95. L'appelant se pourvoit maintenant devant notre Cour relativement à sa demande d'*habeas corpus*.

II. Les dispositions législatives

Avant son annulation par notre Cour dans l'arrêt *Vaillancourt*, l'al. 213d) du *Code criminel* disait:

213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre [. . .] [un] enlèvement [ou une] séquestration [. . .] [ou un] vol qualifié [. . .], qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

...

d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

As noted above, this provision was struck down by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in *Vaillancourt* on the grounds that the provision was in conflict with the rights entrenched in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Sections 7 and 52 of the *Constitution Act, 1982* provide as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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.

III. Judgments Below

(a) *Ontario Court (General Division)*

The appellant initially brought his application for *habeas corpus* before Watt J. of the Ontario Court (General Division). In assessing this application, Watt J. noted that the appellant was aware that the traditional grounds for the writ of *habeas corpus* were not present in this case. In Watt J.'s opinion (at p. 14):

In the first place, the *warrant of committal* under which the applicant is presently confined is *regular upon its face* The offence is one within the jurisdiction of the trial court and the sentence within that which is prescribed by law for the offence of which the applicant stands convicted. In such circumstances, *habeas corpus* does not lie [Emphasis in original.]

Watt J. further pointed out that the writ of *habeas corpus* is a remedy which is jurisdictional in nature. In other words, a *habeas corpus* application challenges the jurisdiction of the court whose order is under review. According to Watt J. (at p. 15):

It is *not* merely a question whether the court whose order is under review erred in law. Mere error of law

(i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Comme nous l'avons mentionné, cette disposition a été annulée dans l'arrêt *Vaillancourt* par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour le motif qu'elle était incompatible avec les droits consacrés à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Voici le texte de l'art. 7 et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

III. Les décisions des juridictions inférieures

a) *Cour de l'Ontario (Division générale)*

L'appelant a initialement déposé sa demande d'*habeas corpus* devant le juge Watt de la Cour de l'Ontario (Division générale). Dans l'examen de la demande, le juge Watt a fait remarquer que l'appelant savait qu'il n'existait en l'espèce aucun des motifs traditionnels justifiant la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*. Il a affirmé, à la p. 14:

[TRADUCTION] Tout d'abord, le *mandat de dépôt* en vertu duquel le requérant est détenu est à *première vue régulier*. [. . .] L'infraction relève de la compétence du tribunal de première instance et la peine correspond à celle que prévoit la loi pour l'infraction dont il a été reconnu coupable. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu à *habeas corpus* . . . [En italique dans l'original.]

Le juge Watt a ensuite précisé que le bref d'*habeas corpus* est une réparation qui tient de la compétence. En d'autres termes, une demande d'*habeas corpus* conteste la compétence du tribunal dont l'ordonnance fait l'objet d'une révision. Selon le juge Watt (à la p. 15):

[TRADUCTION] Il *ne s'agit pas* simplement de savoir si le tribunal dont l'ordonnance fait l'objet d'une révision a

will *not* suffice. Jurisdictional error must be made to appear before the jurisdiction of the superior court to grant the relief sought will become engaged. [Emphasis in original.]

Watt J. further noted that an application for *habeas corpus* is a collateral attack on the convicting court's jurisdiction to order the applicant's detention. Watt J. pointed out that the court that convicted the appellant was the superior court of a province, and that superior courts of criminal jurisdiction are immune to collateral attacks on their jurisdiction. In Watt J.'s opinion (at p. 15):

The applicant's conviction was recorded after entry of a plea of guilty in the superior court of criminal jurisdiction of this province. The offence of which the applicant stands convicted is within the (exclusive) jurisdiction of the convicting court. The sentence imposed upon conviction was within legal limits. By this application, it is sought to set aside the conviction which underlies the warrant of committal pursuant to which the applicant is confined. It is equally sought to set aside the applicant's plea of guilty. Upon "traditional grounds", the applicant's claim for *habeas corpus* must fail.

¹⁷ After assessing the "traditional grounds" for *habeas corpus* review, Watt J. referred to this Court's decision in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, in which the availability of *habeas corpus* as a remedy under the *Charter* was considered. In Watt J.'s opinion, the judgment in *Gamble* made it clear that the traditional rules related to *habeas corpus* were not an absolute bar to *Charter*-related *habeas* claims. In particular, Watt J. stated that *Charter*-related *habeas* claims could succeed even in cases where the order under review had been made by a superior court of criminal jurisdiction. As a result, the nature of the court that convicted the appellant was not a bar to *habeas corpus* where the writ was sought as a remedy under the *Charter*.

commis une erreur de droit. Une simple erreur de droit ne sera *pas* suffisante. Il doit y avoir erreur apparente de compétence avant que la cour supérieure puisse exercer sa compétence pour accorder la réparation demandée. [En italique dans l'original.]

Le juge Watt a ajouté qu'une demande d'*habeas corpus* est une attaque indirecte contre la compétence pour ordonner la détention du requérant de la cour qui a prononcé la culpabilité. Il a fait remarquer que c'est la cour supérieure d'une province qui a déclaré l'appelant coupable et que les cours supérieures de juridiction criminelle sont à l'abri des attaques indirectes contre leur compétence. Selon le juge Watt, à la p. 15:

[TRADUCTION] Le requérant a été déclaré coupable après avoir inscrit un plaidoyer de culpabilité devant la cour supérieure de juridiction criminelle de la province. L'infraction dont le requérant a été déclaré coupable relève de la compétence (exclusive) du tribunal qui a prononcé la culpabilité. La peine à laquelle il a été condamné se situe à l'intérieur des paramètres prévus par la loi. Par sa demande, le requérant cherche à faire annuler la déclaration de culpabilité à l'origine du mandat de dépôt conformément auquel il est détenu. Il cherche également à faire annuler son plaidoyer de culpabilité. Pour les «motifs traditionnels» appliqués en cette matière, la demande d'*habeas corpus* du requérant doit échouer.

Après avoir pesé les «motifs traditionnels» de révision par voie d'*habeas corpus*, le juge Watt s'est penché sur l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, dans lequel notre Cour a examiné le recours à l'*habeas corpus* à titre de réparation en vertu de la *Charte*. De l'avis du juge Watt, l'arrêt *Gamble* établit clairement que les règles traditionnelles en cette matière ne constituent pas une interdiction absolue des demandes d'*habeas corpus* présentées en vertu de la *Charte*. Le juge Watt a précisé tout particulièrement qu'une demande d'*habeas corpus* présentée en vertu de la *Charte* pourrait être accueillie même dans les cas où l'ordonnance faisant l'objet de la révision a été rendue par une cour supérieure de juridiction criminelle. En conséquence, la nature du tribunal ayant déclaré l'appelant coupable n'empêchait pas de demander un bref d'*habeas corpus* si la demande visait à obtenir réparation en vertu de la *Charte*.

Although Watt J. recognized that the rules surrounding the writ of *habeas corpus* are applied more flexibly where the writ is sought as a remedy under the *Charter*, Watt J. nonetheless rejected the appellant's claim. In his view, the appellant's claim for *habeas corpus* was nothing more than a surreptitious attempt to appeal the merits of his conviction for second degree murder. According to Watt J. (at p. 18), although *Charter*-related *habeas* claims are clearly permitted:

It none the less remains necessary for the *habeas* applicant to demonstrate jurisdictional error. Put otherwise, the inquiry on *habeas corpus* remains jurisdictional in nature: it endeavours to ascertain (and is limited to decide) whether the conviction at first instance was made with or without jurisdiction. The *habeas* inquiry will not be suffered to become or to serve as a substitute for an appeal on the merits. Errors of law, fact or mixed law and fact are *nihil ad rem*. [Emphasis added.]

In the instant case, the application launched by the appellant appeared to amount to an appeal of his conviction, rather than merely an attack on the jurisdiction of the court imposing the sentence. As a result, Watt J. held that *habeas corpus* was not available in this case.

Having determined that the writ of *habeas corpus* could not issue in this case, Watt J. went on to hold that even if the appellant had established a right to *habeas corpus*, the writ was unavailable owing to concerns with the need for "finality" in the criminal justice process. In Watt J.'s opinion, "[i]t would be quite intolerable were trial findings forever to remain impeachable upon the basis of any or all authorities decided thereafter" (p. 18). Watt J. further stated that "[t]he need for finality is generally served adequately by the application of the *res judicata* principle: a matter once finally determined cannot be relitigated" (pp. 18-19). Based on this Court's decisions in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, and *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713, Watt J. concluded that the conviction

Bien qu'il ait reconnu que les règles régissant la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* sont appliquées avec plus de souplesse lorsque le bref est demandé en vue d'obtenir réparation en vertu de la *Charte*, le juge Watt a néanmoins rejeté la demande de l'appelant. À son avis, la demande d'*habeas corpus* n'était rien de plus qu'une tentative détournée d'interjeter appel sur le fond contre la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre lui. Selon le juge Watt (à la p. 18), même si les demandes d'*habeas corpus* fondées sur la *Charte* sont clairement permises:

[TRADUCTION] Il demeure néanmoins nécessaire pour le requérant du bref d'*habeas corpus* de démontrer une erreur de compétence. En d'autres termes, en matière d'*habeas corpus*, l'examen continue de porter sur la compétence: il vise à examiner (et à décider seulement) si le tribunal de première instance avait ou non compétence lorsqu'il a prononcé une déclaration de culpabilité. On ne saurait permettre que l'examen en matière d'*habeas corpus* devienne ou remplace un appel sur le fond. Les erreurs de droit, les erreurs de fait ou les erreurs sur des questions mixtes de fait et de droit sont *nihil ad rem*. [Je souligne.]

En l'espèce, la demande présentée par l'appelant semblait constituer un appel contre sa condamnation, plutôt qu'une simple contestation de la compétence du tribunal ayant imposé la peine. Par conséquent, le juge Watt a conclu qu'il n'y a pas lieu à *habeas corpus* en l'espèce.

Cette détermination faite, le juge Watt a précisé que, même si l'appelant avait établi un droit à l'*habeas corpus*, le bref ne pouvait être décerné, en raison de la nécessité d'un [TRADUCTION] «caractère définitif» en matière criminelle. À son avis, [TRADUCTION] «[i] serait tout à fait intolérable que les conclusions prononcées en première instance demeurent à jamais contestables sur le fondement de la jurisprudence subséquente» (p. 18). Il a ensuite affirmé que [TRADUCTION] «[l]'application du principe de l'autorité de la chose jugée — une affaire jugée définitivement ne peut être soumise de nouveau aux tribunaux — répond adéquatement au besoin du caractère définitif d'une instance» (pp. 18 et 19). Se fondant sur les arrêts de notre Cour *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, et *R. c.*

of the appellant was *res judicata*, and unimpeachable by collateral attack. As a result, Watt J. held that the remedy sought by the appellant was unavailable.

(b) *Ontario Court of Appeal* (Brooke, Labrosse and Laskin JJ.A.)

Thomas, [1990] 1 R.C.S. 713, le juge Watt a conclu que la déclaration de culpabilité de l'appellant était chose jugée et ne pouvait faire l'objet d'une attaque indirecte. En conséquence, il a statué que l'appellant ne pouvait obtenir la réparation qu'il demandait.

b) *La Cour d'appel de l'Ontario* (les juges Brooke, Labrosse et Laskin)

L'appellant a interjeté appel de la décision de première instance devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a confirmé à l'unanimité la décision du juge Watt. Voici le texte du jugement manuscrit de la Cour d'appel (à la p. 96):

[TRADUCTION] À notre avis, le présent appel doit échouer. Nous sommes d'accord avec les motifs du juge Watt. L'appellant n'a présenté aucun moyen permettant de mettre en doute l'analyse que le juge Watt a faite de la jurisprudence. L'appel est rejeté.

20 The appellant appealed the court's decision to the Ontario Court of Appeal, where the reasons of Watt J. were unanimously affirmed. The endorsement of the Ontario Court of Appeal provides as follows (at p. 96):

We think this appeal fails. We agree with the reasons delivered by Watt J. There has been no submission made by the appellant that causes us to doubt that [the] analysis by Watt J. of the authorities is correct. The appeal is dismissed.

IV. Analysis

(a) *Habeas Corpus at Common Law*

IV. Analyse

a) *L'habeas corpus en common law*

Comme je l'ai fait remarquer, l'appellant conteste au moyen d'une demande d'*habeas corpus* la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en vertu de l'al. 213d) du *Code criminel*. De façon générale, le bref d'*habeas corpus* est considéré comme une contestation de la compétence pour ordonner la détention du requérant de la cour ou du tribunal ayant prononcé la culpabilité. Dans le cas où la cour ou le tribunal a excédé sa compétence en ordonnant l'emprisonnement, le recours au bref d'*habeas corpus* peut être utilisé pour obtenir la libération de la personne emprisonnée à tort.

21 As noted above, the appellant challenges his conviction under s. 213(d) of the *Criminal Code* by applying for a writ of *habeas corpus*. Generally speaking, the writ of *habeas corpus* can be seen as a check on the jurisdiction of the convicting court or tribunal to order the detention of the applicant. Where the court or tribunal in question has exceeded its jurisdiction in ordering the imprisonment of the accused, resort may be had to a writ of *habeas corpus* to secure the release of the wrongly imprisoned person.

22 Clearly, a challenge to the jurisdiction of a convicting court or tribunal is a very serious matter. For this reason, the common law permitted the issuance of the writ of *habeas corpus* only in certain limited cases. For example, at common law the writ merely allowed the reviewing court to examine the warrant of committal pursuant to which the applicant had been imprisoned. Where some irregularity or loss of jurisdiction was apparent on the face of the warrant of committal, *habeas corpus* would issue ordering the release of the

De toute évidence, contester la compétence d'une cour ou d'un tribunal est une chose fort sérieuse. C'est pourquoi la common law ne permettait la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* que dans certains cas restreints. Par exemple, en common law, le bref permettait simplement à la cour de révision d'examiner le mandat de dépôt conformément auquel le requérant était emprisonné. Lorsqu'une irrégularité ou une perte de compétence était apparente au vu du mandat de dépôt, il y avait délivrance d'un bref d'*habeas*

person detained. Where no apparent fault could be revealed on the face of the warrant of committal, the writ of *habeas corpus* was not available. As a result, where the alleged error of jurisdiction could only be found by reviewing the record of the convicting court or tribunal (as opposed to the warrant of committal), the writ of *habeas corpus* could not issue.

A second, more substantive limitation on the writ of *habeas corpus* at common law concerned the nature of the court which entered the applicant's conviction. As noted above, an application for *habeas corpus* attacks the convicting court's jurisdiction to imprison the accused. However, the common law makes it clear that a superior court's jurisdiction can be challenged only directly, on appeal. As Strong J. explained in *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, at pp. 204-5:

When there has been a conviction for a criminal offence by a superior court of record having general jurisdiction over that offence the objection that the court ought not in that particular case to have exercised its jurisdiction or that there was some fatal defect in its proceedings is one conclusively for a court of error, in other words the judgment of the court is *res judicata* as to questions of jurisdiction as well as to all other objections. [Emphasis added.]

Accordingly, at common law, the jurisdiction of a superior court was insulated from collateral attacks, which included applications for *habeas corpus*. Only the jurisdiction of an inferior court or tribunal could be subject to a *habeas corpus* challenge. It follows that where the imprisonment of the accused was ordered by a superior court of criminal jurisdiction having general jurisdiction over the offence, the prisoner's only hope of release was in a direct appeal of the convicting court's decision: a *habeas corpus* attack could never succeed.

corpus ordonnant la libération de la personne détenue. Lorsqu'aucune faute n'était apparente au vu du mandat de dépôt, il ne pouvait y avoir délivrance du bref d'*habeas corpus*. En conséquence, lorsque l'erreur de compétence reprochée ne pouvait être décelée qu'à l'examen du dossier (par opposition au mandat de dépôt) de la cour ou du tribunal ayant prononcé la déclaration de culpabilité, il n'y avait pas lieu à *habeas corpus*.

Une deuxième restriction — plus substantielle — à la délivrance du bref d'*habeas corpus* en common law avait trait à la nature de la cour ayant prononcé la culpabilité du requérant. Comme je l'ai déjà fait remarquer, une demande d'*habeas corpus* conteste que la cour ayant prononcé la culpabilité avait compétence pour faire incarcérer l'accusé. Cependant, la common law établit clairement que la compétence d'une cour supérieure ne peut être contestée que directement, en appel. Comme l'a expliqué le juge Strong dans *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140, aux pp. 204 et 205:

[TRADUCTION] Lorsqu'une déclaration de culpabilité relativement à une infraction criminelle a été prononcée par une cour supérieure d'archives ayant une compétence générale sur cette infraction, l'objection que la cour n'aurait pas dû exercer sa compétence dans ce cas particulier ou encore qu'il existait un vice fatal dans ses procédures devra être tranchée de façon décisive par une cour de révision; en d'autres termes, le jugement de la cour constitue chose jugée relativement aux questions de compétence ainsi qu'aux autres objections soulevées. [Je souligne.]

Par conséquent, en common law, la compétence d'une cour supérieure ne pouvait pas être attaquée indirectement, notamment par une demande d'*habeas corpus*. En fait, il n'y a que la compétence d'une cour ou tribunal de juridiction inférieure qui pouvait être contestée par *habeas corpus*. Alors, dans le cas où l'emprisonnement de l'accusé avait été ordonné par une cour supérieure de juridiction criminelle ayant compétence générale sur l'infraction, le seul moyen sur lequel le détenu pouvait compter pour être mis en liberté était celui d'un appel direct contre la décision de la cour ayant prononcé la culpabilité: une attaque par voie d'*habeas corpus* ne pouvait jamais réussir.

24

In the instant appeal, the appellant has properly admitted that *habeas corpus* would not be available under the rules of the common law. First, the warrant of committal is clearly regular on its face: it makes no reference to s. 213(d) of the *Code*, but merely states that the appellant is guilty of second degree murder and sentenced to life imprisonment without parole for 15 years. More importantly, the court that convicted the appellant was a superior court of criminal jurisdiction having general jurisdiction over the offence. As a result, the jurisdiction of the convicting court is immune to all collateral attacks, and can be challenged only directly on appeal. In light of this well-established rule of the common law, the appellant made the following concession in his factum:

It is conceded that, if assessed on the basis of the principles of common law . . . the appellant's claim for *habeas corpus* must fail. The conviction, having been imposed by a superior court, would not be subject to collateral review by *habeas corpus*.

I agree that on the basis of the principles of the common law, *habeas corpus* does not apply in this case.

25

The bars to *habeas corpus* noted above are not the only reasons that the appellant's appeal would fail at common law. As noted above, the basis of the appellant's claim for *habeas corpus* is that the decision of this Court in *Vaillancourt* declared the provision under which the appellant was convicted unconstitutional. It should be observed that the decision in *Vaillancourt* was rendered in December of 1987, 11 months after the appellant's conviction. The common law has imposed strict limitations on the ability of an accused to attack his conviction on the basis of subsequently decided judicial authorities. These limitations were considered by this Court in *Wigman*, *supra*, and *Thomas*, *supra*. In my opinion, the combined effect of these decisions is a further bar to the appellant's application for *habeas corpus* at common law.

En l'espèce, l'appelant a eu raison d'admettre que les règles de common law ne lui permettraient pas d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. Premièrement, le mandat de dépôt est manifestement régulier à sa lecture; il ne fait aucune mention de l'al. 213d) du *Code*, mais précise simplement que l'appelant est coupable de meurtre au deuxième degré et qu'il est condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans. Par surcroît, la cour qui a déclaré l'appelant coupable était une cour supérieure de juridiction criminelle ayant compétence générale sur l'infraction. En conséquence, la compétence de la cour ayant prononcé la culpabilité ne peut pas faire l'objet d'une attaque indirecte et ne peut être contestée que directement, en appel. Compte tenu de cette règle de common law bien établie, l'appelant fait l'admission suivante dans son mémoire:

[TRADUCTION] Nous admettons que, selon les principes de common law [. . .] la demande d'*habeas corpus* de l'appelant doit échouer. Ayant été prononcée par une cour supérieure, la déclaration de culpabilité ne peut donner lieu à un examen indirect par voie d'*habeas corpus*.

Je reconnais que, sur le fondement des principes de common law, le recours en *habeas corpus* ne s'applique pas en l'espèce.

Les restrictions en matière d'*habeas corpus* qui viennent d'être analysées ne sont pas les seuls motifs pour lesquels l'appel de l'appelant devrait échouer en common law. Comme je l'ai fait remarquer, l'appelant fonde sa demande d'*habeas corpus* sur l'arrêt *Vaillancourt*, où notre Cour a déclaré inconstitutionnelle la disposition en vertu de laquelle il a été déclaré coupable. Il faut préciser que l'arrêt *Vaillancourt* a été rendu en décembre 1987, 11 mois après la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant. La common law a imposé des restrictions strictes à la capacité d'un accusé d'attaquer sa condamnation en se fondant sur une jurisprudence subséquente. Notre Cour a examiné ces restrictions dans les arrêts *Wigman* et *Thomas*, précités. À mon avis, l'effet conjugué de ces arrêts constitue un autre obstacle en common law à la demande d'*habeas corpus* de l'appelant.

In *Wigman*, this Court decided that an accused may rely on subsequently decided judicial authorities only if the accused is still “in the judicial system”. The Court stated, at pp. 257-58:

The appropriate test is whether or not the accused is still in the judicial system . . . Finality in criminal proceedings is of the utmost importance but the need for finality is adequately served by the normal operation of *res judicata*: a matter once finally judicially decided cannot be relitigated. Thus a person convicted under *Lajoie* will not be able to reopen his or her case, unless, of course, the conviction is not final. In the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 757, the Court observed that *res judicata* would even preclude the reopening of cases decided by the courts on the basis of constitutionally invalid laws. The *res judicata* principle would apply with at least as much force to cases decided on the basis of subsequently overruled case law.

As a result, unless the accused is still “in the judicial system”, an accused is unable to reopen his or her case and rely on subsequently decided judicial authorities, even where the provision under which the accused was convicted is subsequently declared constitutionally invalid.

What is the meaning of “in the judicial system” for present purposes? In *Thomas*, at p. 716, this Court determined that a person convicted of an offence would still be “in the judicial system” only where one of the following criteria could be met:

1. an appeal has been launched to this Court;
2. an application for leave has been made within the time; or
3. an application for an extension of time is granted based on the criteria that normally apply in such cases.

The Court in *Thomas* added (at p. 716) that:

In a case in which the applicant alleges that he or she was convicted under a provision which has since been declared invalid, he or she should not be placed in a worse position than any other applicant. On the other

Dans *Wigman*, notre Cour a statué qu’un accusé ne peut faire valoir la jurisprudence subséquente que si l’affaire est toujours «en cours». La Cour affirme, aux pp. 257 et 258:

Le critère qu’il faut appliquer est de savoir si l’affaire de l’accusé est toujours en cours. [. . .] Il est de la plus haute importance qu’une instance criminelle ait un caractère définitif, mais l’application normale du principe de l’autorité de la chose jugée répond adéquatement à ce besoin. Une affaire jugée définitivement ne peut être soumise de nouveau aux tribunaux. Ainsi la personne reconnue coupable en vertu de l’arrêt *Lajoie* ne sera pas en mesure de rouvrir son dossier à moins, bien entendu, que la déclaration de culpabilité ne soit pas définitive. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 757, la Cour fait observer que le principe de l’autorité de la chose jugée empêcherait même de rouvrir les dossiers sur lesquels les tribunaux ont statué en fonction de lois inconstitutionnelles. Le principe de l’autorité de la chose jugée s’appliquerait au moins tout autant aux affaires jugées en fonction d’une jurisprudence subséquentement rejetée.

Par conséquent, sauf dans le cas où l’affaire est toujours «en cours», l’accusé ne pourra pas faire rouvrir son dossier et faire valoir une jurisprudence subséquente, même si la disposition en vertu de laquelle il a été déclaré coupable est subséquentement déclarée inconstitutionnelle.

Pour les fins qui nous intéressent, qu’entend-on par affaire «en cours»? Selon l’arrêt *Thomas*, à la p. 716, pour que l’affaire soit «en cours», la personne reconnue coupable d’une infraction doit se trouver dans l’une des situations suivantes:

1. un pourvoi a été porté devant notre Cour;
2. une requête en autorisation de pourvoi a été présentée dans le délai;
3. une requête en prorogation de délai a été accordée selon des critères qui s’appliquent normalement dans ces cas.

La Cour a ajouté, à la p. 716:

Un requérant qui prétend avoir été déclaré coupable en vertu d’une disposition, qui a été déclarée invalide depuis, ne devrait pas se trouver dans une situation pire que celle d’un autre requérant. Par ailleurs, vu la nécessité pratique d’un certain caractère définitif du proces-

hand, since we cannot do perfect justice, the applicant should not artificially be brought into the system.

As the accused in *Thomas* could not be considered “in the judicial system” based on the criteria developed in that case, he was unable to reopen his conviction or rely on the subsequent declaration that the provision under which he had been convicted was invalid.

28 The facts of *Thomas* are strikingly similar to the facts of the case at bar. In both cases, the accused was convicted of “constructive murder” after 1982, but before the “constructive murder” provisions were struck down by this Court in *Vaillancourt*. In both the present case and *Thomas*, the accused attempted to rely on this Court’s decision in *Vaillancourt* to challenge his conviction. Much like the accused in *Thomas*, the appellant cannot be said to be “in the judicial system”. The appellant’s plea of guilty and recommendation as to sentence were entered in January of 1987. Three and a half years later, the appellant applied for leave to appeal to the provincial appellate court on the basis of the decision in *Vaillancourt*. This application for leave to appeal was refused on June 11, 1990. The appellant is no longer able to appeal his conviction for second degree murder. As a result, the appellant is not “in the judicial system” within the meaning of the factors developed in *Thomas*. It follows that provided the holding in *Thomas* applies on the facts of the case at bar, the appellant is not entitled to apply for *habeas corpus*.

29 The appellant alleges that this case can be distinguished from *Thomas* and *Wigman*. The most obvious difference between the instant case and *Thomas* or *Wigman* is the nature of the relief sought by the appellant. In both *Wigman* and *Thomas*, the appellant sought to directly challenge his conviction, which was of course a settled matter of law and therefore subject to the doctrine of *res judicata*. In the instant case, by contrast, the appellant seeks a writ of *habeas corpus*.

sus en matière criminelle, il n’y a pas lieu de considérer artificiellement que l’affaire du requérant est toujours en cours.

Puisque, dans *Thomas*, l’affaire de l’accusé ne pouvait être considérée comme étant «en cours» au vu des critères formulés, l’accusé n’a pas été en mesure de rouvrir son dossier relativement à la déclaration de culpabilité ou de faire valoir que la disposition en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable avait subséquemment été jugée invalide.

Les faits dans l’affaire *Thomas* sont fort semblables à ceux en l’espèce. Dans les deux cas, les accusés ont été déclarés coupables de «meurtre par imputation» après 1982, mais avant que notre Cour ait annulé les dispositions sur le «meurtre par imputation» dans l’arrêt *Vaillancourt*. Tant en l’espèce que dans l’affaire *Thomas*, l’accusé tentait de se fonder sur l’arrêt *Vaillancourt* pour contester la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Comme pour l’accusé dans *Thomas*, on ne peut pas dire que l’affaire de l’appelant est toujours «en cours». Son plaidoyer de culpabilité et la recommandation de peine remontent à janvier 1987. Trois ans et demi plus tard, se fondant sur l’arrêt *Vaillancourt*, l’appelant a présenté une demande d’autorisation d’appel devant la cour d’appel de la province. Cette demande a été refusée le 11 juin 1990. L’appelant ne peut en appeler de la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre lui. L’affaire de l’appelant n’est donc plus «en cours» au sens des facteurs élaborés dans *Thomas*. Alors, si l’arrêt *Thomas* s’applique aux faits en l’espèce, il s’ensuit que l’appelant n’a pas le droit de présenter une demande d’*habeas corpus*.

Selon l’appelant, une distinction peut être faite entre le présent pourvoi et les arrêts *Thomas* et *Wigman*. La distinction la plus évidente tiendrait à la nature de la réparation demandée par l’appelant. Tant dans *Wigman* que dans *Thomas*, l’appelant cherchait à contester directement sa culpabilité, ce qui était bien entendu une question de droit réglée, assujettie au principe de l’autorité de la chose jugée. Par contre, en l’espèce, l’appelant cherche à obtenir un bref d’*habeas corpus*.

The appellant contends that the present application is not an attack on his conviction, but merely an application for a remedy for continued incarceration based on an “illegal” or unauthorized conviction. In the appellant’s opinion, because the present application is not an attack on his conviction, the decisions in *Wigman* and *Thomas* do not apply. In support of his position, the appellant invokes this Court’s decision in *Gamble, supra*.

In *Gamble*, the Court allowed an application for *habeas corpus* despite the fact that the offender was no longer “in the judicial system” within the meaning of *Wigman* and *Thomas*. According to the appellant, the Court’s decision in *Gamble* stands for the proposition that an application for *habeas corpus* may succeed despite the fact that the applicant is no longer “in the judicial system”.

In my view, the appellant has failed to recognize the fundamental distinction between his application for *habeas corpus* and the application launched in *Gamble*. In *Gamble*, the majority of the Court made it clear that Ms. Gamble was not permitted to transform her application for *habeas corpus* into an appeal of the merits of her conviction. Indeed, Ms. Gamble did not attempt to question her conviction, but merely challenged her continued ineligibility for parole. According to Wilson J. for the majority (at p. 636), if an applicant were to challenge a conviction through a *habeas corpus* application:

... the appellant would most likely be denied relief by way of *habeas corpus* because of this Court’s decisions not to allow *habeas corpus* to be used to circumvent the ordinary appeal procedures established in the *Criminal Code*

The majority further held, at p. 642, that:

Under section 24(1) of the *Charter* courts should not allow *habeas corpus* applications to be used to circumvent the appropriate appeal process

As a result, *habeas corpus* review, both at common law and under the *Charter*, will not be permitted to

Selon l’appelant, la demande en l’espèce ne vise pas à contester sa condamnation, mais elle constitue simplement une demande de réparation pour le maintien de son emprisonnement, du fait d’une déclaration de culpabilité «illégale» ou non autorisée. De l’avis de l’appelant, puisque la présente demande n’a pas pour but de contester sa condamnation, les arrêts *Wigman* et *Thomas* ne s’appliquent pas. À l’appui de sa position, il cite l’arrêt *Gamble*, précité.

Dans l’arrêt *Gamble*, notre Cour a accueilli une demande d’*habeas corpus* même si l’affaire de la contrevenante n’était plus «en cours» au sens des arrêts *Wigman* et *Thomas*. Selon l’appelant, la décision de la Cour dans *Gamble* signifie qu’une demande d’*habeas corpus* peut être accueillie même si l’affaire du requérant n’est plus «en cours».

À mon avis, l’appelant a omis de reconnaître la distinction fondamentale entre sa demande d’*habeas corpus* et celle dont il était question dans *Gamble*. Dans cet arrêt, notre Cour à la majorité a clairement dit que M^{me} Gamble ne pouvait transformer sa demande d’*habeas corpus* en appel sur le fond de sa condamnation. En fait, M^{me} Gamble n’avait pas tenté d’attaquer la déclaration de culpabilité prononcée contre elle, mais avait simplement contesté qu’elle continuait d’être inadmissible à la libération conditionnelle. Selon le juge Wilson, s’exprimant au nom de la majorité (à la p. 636) si elle contestait sa condamnation au moyen d’une demande d’*habeas corpus*:

... l’appelante verrait fort probablement son recours en *habeas corpus* rejeté en raison des décisions de cette Cour de ne pas permettre le recours à l’*habeas corpus* pour contourner la procédure ordinaire d’appel établie dans le *Code criminel*

La Cour à la majorité a statué en outre, à la p. 642:

Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas permettre que les demandes d’*habeas corpus* servent à contourner la procédure d’appel appropriée

En conséquence, l’examen par voie d’*habeas corpus*, tant en common law qu’en vertu de la *Charte*,

30

31

32

extend to an inquiry into the merits of the offender's conviction as on appeal.

ne pourra pas porter sur le fond de la déclaration de culpabilité comme c'est le cas en appel.

33 In the instant case, the appellant has attempted to compare his appeal to the application considered in *Gamble*. In the appellant's opinion, the present application closely parallels the application in *Gamble*, in that both the appellant and Ms. Gamble sought to challenge the conditions of their detention, rather than the underlying conviction. With respect, the parallel drawn by the appellant between his case and *Gamble* is illusory. In *Gamble*, the applicant refused to challenge her conviction and openly admitted liability for the crime of which she was convicted. In the instant case, by contrast, the appellant contends that he is "innocent of second degree murder". Similarly, during the course of oral argument, the appellant's counsel admitted that the *habeas corpus* application in this case essentially amounts to an attack on the appellant's conviction for second degree murder, and seeks to replace that conviction with a conviction for the lesser offence of manslaughter. Clearly, the appellant's application for *habeas corpus* is vastly different from the application considered in *Gamble*. In my view, the nature of the appellant's application is such that it amounts to an indirect or collateral attack on his conviction.

En l'espèce, l'appelant a tenté d'établir une comparaison entre le présent pourvoi et la demande examinée dans l'arrêt *Gamble*. De l'avis de l'appelant, la présente demande se rapproche étroitement de celle dont il était question dans cet arrêt en ce que, à l'instar de M^{me} Gamble, il conteste les conditions de sa détention, et non la déclaration de culpabilité qui est à son origine. Avec égards, le parallèle qu'établit l'appelant entre son pourvoi et le pourvoi *Gamble* est illusoire. Dans ce dernier pourvoi, la requérante refusait de contester sa condamnation et avait ouvertement admis sa responsabilité relativement au crime dont elle avait été déclarée coupable. Par contre, en l'espèce, l'appelant soutient qu'il est [TRADUCTION] «innocent de meurtre au deuxième degré». De même, son avocat a admis dans sa plaidoirie que la demande d'*habeas corpus* en l'espèce équivaut essentiellement à une contestation de la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l'appelant, et vise à obtenir que cette déclaration de culpabilité soit remplacée par une autre pour l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable. De toute évidence, la demande d'*habeas corpus* de l'appelant est fort différente de la demande examinée dans l'arrêt *Gamble*. À mon avis, la nature de la demande de l'appelant équivaut à une attaque indirecte contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.

34 As noted above, the Court in *Thomas* and *Wigman* made it clear that a direct attack on a criminal conviction could not succeed where the accused was no longer "in the judicial system". Having found that the appellant's request for *habeas corpus* is an indirect attack on his conviction, it becomes necessary to consider whether the holdings in *Thomas* and *Wigman* apply with equal force to indirect or collateral attacks.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, notre Cour a clairement affirmé, dans *Thomas* et *Wigman*, précités, qu'une attaque directe contre une déclaration de culpabilité au criminel ne saurait réussir lorsque l'affaire de l'accusé n'est plus «en cours». Puisque j'ai conclu que la demande d'*habeas corpus* de l'appelant constitue une attaque indirecte contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, je dois déterminer si les arrêts *Thomas* et *Wigman* s'appliquent avec autant de vigueur aux attaques indirectes.

35 In my view, there is no basis for suggesting that *Wigman* and *Thomas* do not apply to indirect attacks on criminal convictions. Indeed, I would suggest that the "in the system" requirement

À mon avis, rien ne permet de soutenir que les arrêts *Wigman* et *Thomas* ne s'appliquent pas à une attaque indirecte contre une déclaration de culpabilité au criminel. En fait, je dirais que l'exigence

applies with even greater force in the context of an indirect attack. As Professor Hogg states in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 1248:

In *R. v. Thomas*, the accused, although unsuccessful, had chosen the most promising route to review his conviction, that is, a *direct* attack in the form of an appeal. An appeal is not precluded by the doctrine of *res judicata*. The doctrine of *res judicata* would be a conclusive answer to a *collateral* attack on the accused's conviction, for example, an application for habeas corpus, an action for a declaration that the accused was illegally in custody, an action for damages for false imprisonment or a defence to a charge of escaping from lawful custody. All such collateral attacks would fail on the ground that the accused was in custody pursuant to the judgment of a court of competent jurisdiction. The fact that the convicting court had made an error of law in applying an unconstitutional statute would not deprive the court of jurisdiction. Only an absence of jurisdiction, rendering a decision a nullity, would expose a judicial decision to collateral attack. [Emphasis in original.]

I respectfully agree with this statement of the law. I would accordingly hold that even if the appellant had otherwise succeeded in making out a *prima facie* case for *habeas corpus*, his application would fail at common law on the grounds of *res judicata* and finality, substantially for the reasons given in *Wigman*. As a result, the appellant is ineligible to apply for *habeas corpus*. His conviction is a matter of settled law, and is subject to the doctrine of *res judicata*. The appellant is unable to challenge the merits of his conviction, whether by direct or collateral means.

While I have concluded that the Court's judgment in *Gamble* is of no assistance to the appellant in that *Gamble* affirmed that *habeas corpus* cannot be used as a substitute for an appeal of conviction, it is arguable that the appellant's attack is also on his alleged unlawful detention. The appellant sub-

que l'affaire soit «en cours» s'applique avec encore plus de vigueur dans ce contexte. Comme le professeur Hogg l'affirme dans son ouvrage intitulé: *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 1248:

[TRADUCTION] Dans l'affaire *R. c. Thomas*, l'accusé, même s'il n'a pas eu gain de cause, avait choisi le recours le plus prometteur en révision de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, c'est-à-dire une attaque *directe* sous forme d'appel. Le principe de l'autorité de la chose jugée n'empêche pas l'appel. L'application de ce principe constituerait une réponse définitive à une attaque *indirecte* contre la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé, par exemple, une demande d'habeas corpus, une action déclaratoire de la détention illégale de l'accusé, une action en dommages-intérêts pour emprisonnement arbitraire ou une défense à une accusation d'évasion d'une garde légale. Toutes ces attaques indirectes échoueraient pour le motif que l'accusé était détenu conformément au jugement d'un tribunal compétent. Le fait que la cour ayant prononcé la culpabilité a commis une erreur de droit en appliquant une loi inconstitutionnelle ne la priverait pas de sa compétence. Une décision judiciaire ne peut donner lieu à une attaque indirecte que dans le cas où le tribunal n'est pas compétent, sa décision se trouvant alors frappée de nullité. [En italique dans l'original.]

Je suis d'accord avec cet énoncé du droit. Par conséquent, même si l'appelant avait par ailleurs réussi à présenter une preuve *prima facie* à l'appui de l'*habeas corpus*, je conclurais, en grande partie pour les motifs exposés dans *Wigman*, que sa demande échouerait en common law en raison du principe de l'autorité de la chose jugée et du caractère définitif des décisions. L'appelant n'a donc pas le droit de présenter une demande d'*habeas corpus*. En effet, la déclaration de culpabilité prononcée contre lui est une question réglée en droit, à laquelle s'applique le principe de l'autorité de la chose jugée. L'appelant ne peut contester sur le fond cette déclaration de culpabilité, que ce soit directement ou indirectement.

Bien que j'aie conclu que l'arrêt *Gamble* n'est d'aucune utilité à l'appelant puisqu'il confirme que l'*habeas corpus* ne peut être utilisé comme substitut à un appel contre une déclaration de culpabilité, on peut faire valoir que la contestation de l'appelant se fonde également sur le fait qu'il serait illé-

mits that his detention is unlawful because he was wrongfully convicted. I propose to deal with this submission on the assumption that this is an appropriate characterization of the appellant's application for *habeas corpus*.

(b) *Habeas Corpus under the Charter*

37 On the basis of this characterization, the appellant contends that, in the circumstances, his incarceration without eligibility for parole for 15 years constitutes a breach of s. 7 of the *Charter* and, pursuant to the principles enumerated in *Gamble*, he is entitled to relief by way of *habeas corpus* under s. 24(1) of the *Charter*.

38 In *Gamble*, the applicant had been convicted of first degree murder and sentenced to life in prison without parole for 25 years under provisions that were not applicable at the time of her conviction. Had Ms. Gamble been convicted under the appropriate *Code* provisions, she would have been eligible for parole in 10 years (rather than 25). The Alberta Court of Appeal dismissed Ms. Gamble's appeal on the grounds that no substantial miscarriage of justice had taken place: (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. Leave to appeal Ms. Gamble's conviction to this Court was denied, [1978] 2 S.C.R. vii.

39 Ten years after her conviction, Ms. Gamble applied for a writ of *habeas corpus* on the grounds that her continued parole ineligibility offended s. 7 of the *Charter*. A majority of the Court allowed Ms. Gamble's application for *habeas corpus*, despite the fact that the writ could not have issued at common law. As a result, the Court in *Gamble* declared the applicant immediately eligible for parole, as she would have been had her conviction been entered under the proper *Code* provision.

40 The majority in *Gamble* held that, in cases where *habeas corpus* is being sought as a *Charter*

galement détenu. L'appelant soutient que sa détention est illégale parce qu'il a été condamné à tort. Je me propose d'examiner ce moyen en tenant pour acquis qu'il s'agit là d'une caractérisation appropriée de sa demande d'*habeas corpus*.

b) *L'habeas corpus en vertu de la Charte*

Sur le fondement de cette caractérisation, l'appelant prétend que, dans les circonstances, son incarcération sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans constitue une violation de l'art. 7 de la *Charte* et que, conformément aux principes énumérés dans l'arrêt *Gamble*, il a droit à une réparation par voie d'*habeas corpus* en application du par. 24(1) de la *Charte*.

Dans l'affaire *Gamble*, la requérante avait été déclarée coupable de meurtre au premier degré et condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 25 ans, sous le régime de dispositions qui n'étaient pas applicables au moment de sa déclaration de culpabilité. Si M^{me} Gamble avait été déclarée coupable en vertu des dispositions appropriées du *Code*, elle aurait été admissible à la libération conditionnelle après 10 ans (et non 25). La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de M^{me} Gamble pour le motif qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire grave: (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. Notre Cour a refusé l'autorisation de pourvoi contre la déclaration de culpabilité de M^{me} Gamble, [1978] 2 R.C.S. vii.

Dix ans après avoir été déclarée coupable, M^{me} Gamble a demandé un bref d'*habeas corpus* en faisant valoir que le fait qu'elle continuait d'être inadmissible à la libération conditionnelle allait à l'encontre de l'art. 7 de la *Charte*. Notre Cour à la majorité a accueilli sa demande, même si le bref ne pouvait être décerné en common law. En conséquence, dans l'arrêt *Gamble*, notre Cour a déclaré la requérante immédiatement admissible à la libération conditionnelle, ce à quoi elle aurait eu droit si elle avait été déclarée coupable en vertu de la disposition appropriée du *Code*.

Dans *Gamble*, la Cour à la majorité a statué que, dans le cas où un *habeas corpus* est demandé à

remedy (rather than merely under the common law), the Court must adopt a purposive approach in choosing whether or not to issue the writ. As Wilson J. stated, at p. 641:

A purposive approach should, in my view, be applied to the administration of *Charter* remedies as well as to the interpretation of *Charter* rights and, in particular, should be adopted when *habeas corpus* is the requested remedy since that remedy has traditionally been used and is admirably suited to the protection of the citizen's fundamental right to liberty and the right not to be deprived of it except in accordance with the principles of fundamental justice.

The Court accordingly held that *habeas corpus* applications based on infringements of the *Charter* should not be denied through the application of overly rigid or technical rules. In particular, because Ms. Gamble's application for *habeas corpus* was grounded in an infringement of s. 7, the Court refused to apply the strictures of the common law which insulated a superior court's jurisdiction from collateral attacks. According to Wilson J. for the majority, at p. 643:

To deny the appellant *Charter* relief because she received her criminal trial and sentencing under the wrong *Criminal Code* provisions in a superior court of criminal jurisdiction and not in an inferior court seems to me completely unacceptable given the interests that are at stake.

As a result, the fact that Ms. Gamble's conviction had been entered by a superior court of criminal jurisdiction did not prevent the collateral attack on the court's jurisdiction.

In addition to holding that *Charter*-related applications for *habeas corpus* could succeed even where the conviction had been entered by a superior court of criminal jurisdiction, the Court in *Gamble* went on to expand the scope of "jurisdictional review" in *Charter*-related *habeas corpus* cases. In Wilson J.'s opinion, at p. 640:

titre de réparation en vertu de la *Charte* (plutôt que simplement en vertu de la common law), le tribunal doit tenir compte de l'objet visé lorsqu'il choisit de décerner ou non le bref. Comme l'affirme le juge Wilson, à la p. 641:

Il faut, à mon avis, tenir compte de l'objet visé en appliquant les réparations fondées sur la *Charte* et en interprétant les droits qu'elle garantit. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'*habeas corpus* est la réparation demandée, puisque son rôle traditionnel, auquel il est parfaitement adapté, a été de protéger le droit fondamental du citoyen à la liberté et le droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La Cour a statué qu'une demande d'*habeas corpus* fondée sur une violation de la *Charte* ne devrait donc pas être refusée par l'application de règles trop rigides ou formalistes. Tout particulièrement parce que la demande d'*habeas corpus* de M^{me} Gamble était fondée sur une violation de l'art. 7, la Cour a refusé d'appliquer les règles de la common law qui empêchaient toute attaque indirecte contre la compétence d'une cour supérieure. Selon le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, à la p. 643:

Refuser à l'appelante le redressement demandé en vertu de la *Charte* parce qu'elle a été jugée au criminel et qu'elle a été condamnée en vertu des mauvaises dispositions du *Code criminel* par une cour supérieure de juridiction criminelle et non par un tribunal inférieur, me semble totalement inacceptable compte tenu des intérêts en jeu.

En conséquence, le fait que la culpabilité de M^{me} Gamble avait été prononcée par une cour supérieure de juridiction criminelle n'empêchait pas une attaque indirecte de la compétence de cette cour.

En plus de statuer que les demandes d'*habeas corpus* fondées sur la *Charte* pouvaient être accueillies même si la déclaration de culpabilité avait été prononcée par une cour supérieure de juridiction criminelle, la Cour a élargi la portée de l'«examen juridictionnel» dans les affaires d'*habeas corpus* fondées sur la *Charte*. De l'avis du juge Wilson, à la p. 640:

... courts have, in general, not bound themselves to limited categories or definitions of jurisdictional review when the liberty of the subject was at stake. I think that this trend should be affirmed where *habeas corpus* is sought as a *Charter* remedy and that distinctions which have become uncertain, technical, artificial and, most importantly, non-purposive should be rejected.

As a result, the Court in *Gamble* soundly rejected the technical rules of "jurisdictional error", and took an expansive view of the availability of the writ of *habeas corpus* as a remedy under the *Charter*. Clearly, the established common law rules surrounding *habeas corpus* applications must be applied in a flexible manner where the applicant has established that his continued incarceration breaches the *Charter*.

42 In assessing the merits of Gamble's application for *habeas corpus*, the Court concluded that Gamble's continued parole ineligibility created a breach of s. 7 of the *Charter*. Ms. Gamble had been convicted under the wrong *Code* provision: a provision that did not apply at the time she committed the crime. Had Ms. Gamble been convicted under the proper *Code* provision, she would have been eligible for parole after 10 years of incarceration (rather than 25). According to the Court in *Gamble*, Ms. Gamble's continued ineligibility for parole was a result of an error in the criminal justice process, amounting to a breach of the tenets of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*. For this reason, the Court adopted an expansive "purposive" view of the writ of *habeas corpus*, which was sought as a *Charter* remedy under s. 24(1).

43 The basis of the Court's decision in *Gamble* was that the technical rules surrounding the writ of *habeas corpus* do not accord with the purposive interpretation of *Charter* rights. As a result, old technical rules involving the nature of the convicting court or finality concerns may not apply where the writ is sought as a *Charter* remedy. However, the Court's decision in *Gamble* makes it clear that the expanded availability of the writ will only

... les tribunaux ne se s[ont] pas, en général, astreints à des catégories ou à des définitions limitées de l'examen juridictionnel lorsque la liberté du sujet était en cause. Je pense que cette tendance doit être maintenue lorsqu'on demande un *habeas corpus* à titre de réparation fondée sur la *Charte* et que des distinctions devenues obscures, formalistes, artificielles et qui plus est ne tiennent aucun compte de l'objet visé, devraient être rejetées.

La Cour a donc complètement rejeté dans l'arrêt *Gamble* les règles formalistes de l'«erreur de compétence», et elle a élargi la possibilité du recours au bref d'*habeas corpus* à titre de réparation fondée sur la *Charte*. De toute évidence, les règles de common law établies régissant les demandes d'*habeas corpus* doivent être appliquées de façon souple si le requérant a démontré que le maintien de sa détention viole la *Charte*.

Lorsqu'elle a examiné sur le fond la demande d'*habeas corpus* de M^{me} Gamble, la Cour a conclu que le maintien de la détention sans admissibilité à la libération conditionnelle constituait une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Madame Gamble avait été déclarée coupable en vertu de la mauvaise disposition du *Code*: une disposition qui ne s'appliquait pas à l'époque où elle a commis le crime. Si elle avait été déclarée coupable en vertu de la disposition appropriée du *Code*, elle aurait été admissible à la libération conditionnelle après 10 ans d'incarcération (et non 25 ans). Selon la Cour, le fait que M^{me} Gamble continuait d'être inadmissible à la libération conditionnelle était le résultat d'une erreur dans le processus de justice pénale, équivalant à une violation des préceptes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte*. C'est pourquoi la Cour a adopté une conception élargie «fondée sur l'objet» du bref d'*habeas corpus* demandé à titre de réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

Le fondement de l'arrêt *Gamble* est que les règles formalistes entourant le bref d'*habeas corpus* ne sont pas compatibles avec l'interprétation fondée sur l'objet des droits garantis par la *Charte*. C'est pourquoi les anciennes règles formalistes axées sur la nature du tribunal ayant prononcé la déclaration de culpabilité ou sur le caractère définitif des décisions pourraient bien ne pas s'appliquer dans le cas où le bref est demandé à titre de

apply where the applicant is able to demonstrate that his or her detention fails to accord with the principles of fundamental justice, or otherwise offends the *Charter*. Where the detention of the accused does not give rise to a *Charter* violation, the expanded scope of *habeas corpus* review does not apply.

In my view, the appellant's continued detention pursuant to a conviction for second degree murder does not amount to a breach of the tenets of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. Although the appellant's conviction was entered under a constitutionally infirm provision of the *Code*, the circumstances leading to his conviction under that section are important in assessing the propriety of the appellant's conviction and ultimate sentence.

The evidence of the appellant's involvement in Crispin's death is overwhelming. A brief review of the findings made at trial makes it clear that the appellant's involvement in Crispin's death could easily have supported a conviction under several *Criminal Code* provisions aside from s. 213(d). First, the trial judge found as a fact that Mr. Crispin had been shot in the back of the head by a firearm held in contact with his skin. Crispin's hands and feet had not been bound, suggesting that he may have been restrained by a second person while he was shot by Mr. Vince (the appellant's companion). When questioned by the police, the appellant produced the identification of the deceased, and was found to be in possession of five live shotgun shells consistent with the weapon used to kill Mr. Crispin.

According to Watt J. (at p. 6), the appellant's pant legs were wet in a manner that was "consistent with him having walked through a snowy area" much like the one in which Mr. Crispin had been killed. Most importantly, the appellant's clothing was "flecked with five specks of tissue consistent with having come from the deceased

réparation fondée sur la *Charte*. Cependant, l'arrêt *Gamble* établit clairement que la possibilité élargie d'obtenir le bref n'existera que si le requérant est en mesure de démontrer que sa détention est incompatible avec les principes de justice fondamentale ou contrevient par ailleurs à la *Charte*. Dans le cas où la détention de l'accusé ne constitue pas une violation de la *Charte*, il n'y a pas lieu d'avoir recours à l'application élargie de la révision par voie d'*habeas corpus*.

À mon avis, le fait que l'appelant continue d'être détenu parce qu'il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré n'équivaut pas à une violation des préceptes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'il ait été déclaré coupable en vertu d'une disposition inconstitutionnelle du *Code*, les circonstances ayant abouti à sa déclaration de culpabilité en vertu de cette disposition sont importantes dans l'appréciation du bien-fondé de cette déclaration de culpabilité et de la peine ensuite infligée.

La preuve de la participation de l'appelant à la mort de Crispin est accablante. Un bref examen des conclusions tirées en première instance établit clairement que sa participation à la mort de Crispin aurait facilement pu étayer une déclaration de culpabilité en vertu de plusieurs dispositions du *Code* autres que l'al. 213d). Premièrement, le juge du procès a tenu pour avéré que M. Crispin avait été atteint d'un projectile tiré par une arme à feu appuyée contre l'arrière de sa tête. Ni ses mains ni ses pieds n'étaient ligotés, ce qui laisse supposer qu'il a peut-être été maîtrisé par une deuxième personne lorsque Vince (le compagnon de l'appelant) a tiré. Lorsqu'il a été interrogé par la police, l'appelant a produit la pièce d'identité de la victime et a été trouvé en possession de cinq cartouches de fusil de chasse chargées, du type utilisé dans l'arme qui a servi à tuer M. Crispin.

Selon le juge Watt (à la p. 6), les jambes du pantalon de l'appelant étaient mouillées [TRADUCTION] «comme s'il avait marché dans un endroit recouvert de neige» comme celui où M. Crispin a été tué. Fait encore plus important, les vêtements de l'appelant étaient [TRADUCTION] «parsemé[s] de cinq particules de tissus compatibles avec ceux de

44

45

46

and not from the applicant or co-accused” (p. 6). As Crown counsel noted during the trial, the injuries suffered by Crispin led to tissues from his head “being strewn very close to the location where the body and the head were located”. Clearly, the combined effect of this evidence is to make it virtually certain that the appellant was at the scene of the execution-style killing, supporting his culpability for the murder of the deceased. Indeed, the force of this evidence was so great that the appellant pleaded guilty to the offence of second degree murder, which was included in s. 213(d) of the *Code*. In addition, the appellant’s counsel agreed to the sentence of life imprisonment without parole for 15 years, a sentence which is greater than the minimum sentence required for a conviction of second degree murder. The appellant, who was advised by experienced counsel, was obviously aware of the strength of the case against him, and accepted the legal and moral culpability arising from his involvement in the death of Michael Crispin.

la victime, et non avec ceux du requérant ou du coaccusé» (p. 6). Comme l’a fait remarquer le substitut du procureur général au cours du procès, les blessures subies par Crispin étaient telles que des tissus de sa tête [TRADUCTION] «ont été éparpillés très près du corps et de la tête». De toute évidence, vu l’effet conjugué de ces éléments de preuve, il est presque certain que l’appelant se trouvait sur les lieux de ce meurtre assimilable à une exécution, et ce fait appuie sa culpabilité relativement au meurtre de la victime. En fait, la force de cette preuve était si grande que l’appelant a plaidé coupable relativement à l’infraction de meurtre au deuxième degré, incluse dans l’al. 213d) du *Code*. En outre, l’avocat de l’appelant a accepté la peine d’emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans, peine plus sévère que la peine minimale prévue relativement à un meurtre au deuxième degré. L’appelant, qui était conseillé par un avocat expérimenté, était certainement au courant de la force de la preuve contre lui, et il a accepté la culpabilité légale et morale découlant de sa participation au décès de Michael Crispin.

47 Several important consequences flowed from the appellant’s plea of guilty to the crime of second degree murder. First, the appellant avoided exposure to the fate suffered by his co-accused (Vince), who was convicted of first degree murder and sentenced to life in prison without parole for 25 years. Second, the appellant avoided the delays associated with trial, and was able to begin serving his prison sentence without delay. Finally (and most importantly for the purposes of this appeal), the Crown was not required to lead further evidence in support of a conviction under another *Code* provision. The evidence makes it clear that the guilty plea entered by the appellant was the result of an agreement between counsel. This agreement limited the penal consequences to which the appellant could be exposed, and obviated the prosecution’s need to produce further evidence in support of a conviction under a *Criminal Code* provision other than s. 213(d).

Plusieurs conséquences importantes se dégagent du plaidoyer de culpabilité inscrit par l’appelant relativement au crime de meurtre au deuxième degré. Premièrement, l’appelant a évité de subir le même sort que son coaccusé (Vince), qui a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à l’emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 25 ans. Deuxièmement, il a évité les délais associés au déroulement d’un procès et a pu commencer à purger sa peine sans tarder. Enfin (et ce qui est l’élément le plus important pour les fins du présent pourvoi), le ministère public n’a pas eu à produire une autre preuve pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu d’une autre disposition du *Code*. La preuve établit clairement que l’appelant a inscrit un plaidoyer de culpabilité à la suite d’une entente entre les avocats. Cette entente limitait les conséquences pénales auxquelles risquait de s’exposer l’appelant et éliminait la nécessité pour la poursuite de présenter d’autres éléments de preuve à l’appui d’une déclaration de culpabilité en vertu d’une disposition du *Code* autre que l’al. 213d).

In my view, the circumstances surrounding the appellant's conviction stand in sharp contrast to the situation at issue in *Gamble*. In *Gamble*, if the applicant had been convicted under the proper *Code* provision, her sentence would have been less than the one imposed. In this case, by contrast, had the appellant been convicted under the proper *Code* provision, his sentence may indeed have been greater than the one he in fact received.

In light of the circumstances surrounding the appellant's plea of guilty and the evidence of his involvement in Crispin's death, I am unable to conclude that the appellant has established a breach of the tenets of fundamental justice resulting from his conviction for second degree murder. While the appellant was in fact convicted under an unconstitutional section, this was in the circumstances a technical flaw in his conviction resulting from an agreement between the appellant and the Crown. It cannot be said to amount to a breach of the rules of fundamental justice. Indeed, I would suggest that it would do violence to the principles of justice to permit the appellant to benefit from this flaw in his conviction in order to secure his early release from incarceration.

For the reasons given above, the appellant has failed to establish a breach of the rules of fundamental justice or any of the provisions of the *Charter*. As a result, the "expanded" ambit of *habeas corpus* developed in *Gamble* is unavailable in this case. As the appellant has failed to establish his right to *habeas corpus* at common law or under the *Charter*, it necessarily follows that the writ of *habeas corpus* cannot be issued in this case.

(c) *Remedy*

For the reasons given above, I have concluded that the appellant has no legal redress for his conviction under an unconstitutional law. Well-settled rules of the common law clearly prevent the issuance of the remedy sought by the appellant. In dis-

À mon avis, les circonstances entourant la déclaration de culpabilité de l'appelant contrastent vivement avec la situation dans l'affaire *Gamble*. En fait, dans cette affaire, si la requérante avait été déclarée coupable en vertu de la disposition appropriée du *Code*, elle aurait été condamnée à une peine de moins longue durée que celle qui lui a été imposée. Par contre, en l'espèce, si l'appelant avait été déclaré coupable en vertu de la disposition applicable du *Code*, il aurait pu être condamné à une peine plus longue que celle qu'il a reçue.

Compte tenu des circonstances ayant entouré le plaidoyer de culpabilité inscrit par l'appelant et de la preuve de sa participation à la mort de Crispin, je ne suis pas en mesure de conclure qu'il a établi qu'il y avait eu violation des préceptes de justice fondamentale du fait qu'il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Bien que l'appelant ait en fait été déclaré coupable en vertu d'une disposition inconstitutionnelle, il s'agissait dans les circonstances d'une lacune de nature procédurale puisqu'il a été déclaré coupable à la suite d'une entente qu'il avait conclue avec le ministère public. On ne saurait affirmer que ceci équivaut à une violation des règles de justice fondamentale. En fait, j'irais jusqu'à dire que ce serait contrevenir aux principes de justice que de permettre à l'appelant de tirer avantage de cette lacune et de bénéficier ainsi d'une libération anticipée.

Pour les motifs qui précèdent, l'appelant n'a pas réussi à établir une violation des règles de justice fondamentale ou des dispositions de la *Charte*. Par conséquent, il n'y a pas lieu en l'espèce de recourir à la portée «élargie» de l'*habeas corpus* élaborée dans l'arrêt *Gamble*. Puisque l'appelant n'a pas établi son droit au bref d'*habeas corpus* en common law ou en vertu de la *Charte*, il s'ensuit nécessairement qu'il ne peut y avoir délivrance du bref d'*habeas corpus* en l'espèce.

c) *La réparation*

Pour les motifs qui précèdent, j'ai conclu que l'appelant ne bénéficie en droit d'aucun redressement pour avoir été déclaré coupable en vertu d'une règle de droit inconstitutionnelle. L'application des règles bien établies de common law inter-

48

49

50

51

posing of this appeal, I have determined that the appellant is both legally and morally responsible for the murder of Michael Crispin. Clearly, in cases such as that of the appellant, no remedy is required. He has failed to demonstrate that his imprisonment is at odds with the tenets of fundamental justice, and he has failed to demonstrate any right to *habeas corpus*. As a result, the appellant is deserving of his fate. However, when s. 213(d) remained in force before *Vaillancourt*, it was sufficiently broad to permit the conviction of persons who played an extremely limited role in the commission of a homicide. The remedial possibilities for such persons were discussed by Professor Manson in his article entitled “*Vaillancourt*: A Criminal Reports Forum — Implications for Persons Convicted of Murder” (1987), 60 C.R. (3d) 339. According to Professor Manson, at p. 345:

The implications of *Vaillancourt* for people currently serving terms of life imprisonment is not that hundreds will obtain relief or are entitled to it. There are some, however, who are deserving — the “true” s. 213(d) cases, in which the offender’s blameworthiness cannot in good conscience justify long term confinement.

In Professor Manson’s opinion, the appropriate form of redress for such individuals “lies in the exercise of the Royal prerogative of mercy” (p. 345). I agree with Professor Manson that this is one possible avenue of redress for persons convicted under s. 213(d). Where the courts are unable to provide an appropriate remedy in cases that the executive sees as unjust imprisonment, the executive is permitted to dispense “mercy”, and order the release of the offender. The royal prerogative of mercy is the only potential remedy for persons who have exhausted their rights of appeal and are unable to show that their sentence fails to accord with the *Charter*.

dit clairement la délivrance de la réparation demandée. Pour trancher le présent pourvoi, j’ai statué que l’appelant est, tant légalement que moralement, responsable du meurtre de Michael Crispin. De toute évidence, dans des cas comme la présente affaire, aucune réparation n’est requise. L’appelant n’a pas démontré que son emprisonnement va à l’encontre des préceptes de justice fondamentale et il n’a pas réussi à établir son droit au bref d’*habeas corpus*. L’appelant a donc le sort qu’il mérite. Cependant, lorsque l’al. 213d) était en vigueur avant l’arrêt *Vaillancourt*, il était suffisamment général pour permettre la déclaration de culpabilité de personnes qui avaient joué un rôle extrêmement limité dans la perpétration d’un homicide. Dans son article intitulé: «*Vaillancourt*: A Criminal Reports Forum — Implications for Persons Convicted of Murder» (1987), 60 C.R. (3d) 339, le professeur Manson analyse les possibilités de réparation pour ces personnes. Il précise, à la p. 345:

[TRADUCTION] Pour les personnes qui purgent des peines d’emprisonnement à perpétuité, l’arrêt *Vaillancourt* n’aura pas comme incidence que des centaines d’entre elles obtiendront réparation ou y auront droit. Cependant, il y a certaines personnes qui le méritent — les «vrais» cas visés par l’al. 213d), où la conduite répréhensible du contrevenant ne peut en conscience justifier une longue incarcération.

De l’avis du professeur Manson, pour ces personnes, la réparation appropriée [TRADUCTION] «tient à l’exercice de la prérogative royale de clémence» (p. 345). J’estime tout comme le professeur Manson que c’est une réparation possible pour les personnes déclarées coupables en vertu de l’al. 213d). Lorsque les tribunaux ne sont pas en mesure d’offrir une réparation appropriée dans les cas où l’exécutif considère qu’il y a un emprisonnement injuste, l’exécutif peut accorder la «clémence» et ordonner la libération du contrevenant. La prérogative royale de clémence est la seule réparation possible pour les personnes qui ont épuisé leurs droits d’appel et qui ne sont pas en mesure de démontrer que la peine qui leur a été imposée n’est pas conforme à la *Charte*.

V. Conclusion

For the foregoing reasons, the appeal is dismissed.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had an opportunity to read the reasons of my colleague Justice Sopinka, and I agree both with the result he reaches and with his analysis of the doctrine of *res judicata*. I will add only a few comments of my own, primarily in relation to the statements which my colleague makes, in *obiter*, under the heading of “*Habeas Corpus under the Charter*”.

As Sopinka J. observes, “[t]he common law has imposed strict limitations on the ability of an accused to attack his conviction on the basis of subsequently decided judicial authorities” (para. 25). For example, in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, the Court held (at p. 257):

Finality in criminal proceedings is of the utmost importance but the need for finality is adequately served by the normal operation of *res judicata*: a matter once finally judicially decided cannot be relitigated. . . . In the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 757, the Court observed that *res judicata* would even preclude the reopening of cases decided by the courts on the basis of constitutionally invalid laws.

This principle precludes all forms of collateral attack on a conviction, including attacks on the detention which are predicated on the unconstitutionality of the statutory provision under which the accused was convicted. On this point, I am in agreement with the reasons of Sopinka J., who adopts the following passage from p. 1248 of Professor Hogg's treatise, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992):

The doctrine of *res judicata* would be a conclusive answer to a *collateral* attack on the accused's conviction, for example, an application for habeas corpus, an action for a declaration that the accused was illegally in

V. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est rejeté.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka, et je souscris au résultat auquel il en arrive ainsi qu'à son analyse du principe de l'autorité de la chose jugée. J'ajouterai seulement quelques commentaires, principalement en ce qui concerne les remarques *obiter* de mon collègue sous la rubrique: «*L'habeas corpus en vertu de la Charte*».

Comme le note le juge Sopinka, «[l]a common law a imposé des restrictions strictes à la capacité d'un accusé d'attaquer sa condamnation en se fondant sur une jurisprudence subséquente» (par. 25). Par exemple, dans *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, notre Cour a statué, à la p. 257:

Il est de la plus haute importance qu'une instance criminelle ait un caractère définitif, mais l'application normale du principe de l'autorité de la chose jugée répond adéquatement à ce besoin. Une affaire jugée définitivement ne peut être soumise de nouveau aux tribunaux. [. . .] Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 757, la Cour fait observer que le principe de l'autorité de la chose jugée empêcherait même de rouvrir les dossiers sur lesquels les tribunaux ont statué en fonction de lois inconstitutionnelles.

Ce principe empêche tout type d'attaque indirecte contre une déclaration de culpabilité, y compris les attaques relatives à la détention fondées sur l'inconstitutionnalité de la disposition législative en vertu de laquelle l'accusé a été déclaré coupable. Sur ce point, je souscris aux motifs du juge Sopinka qui cite et approuve l'extrait suivant tiré du traité du professeur Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 1248:

[TRADUCTION] L'application de ce principe [de l'autorité de la chose jugée] constituerait une réponse définitive à une attaque *indirecte* contre la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé, par exemple, une demande

52

53

54

custody, an action for damages for false imprisonment or a defence to a charge of escaping from lawful custody. All such collateral attacks would fail on the ground that the accused was in custody pursuant to the judgment of a court of competent jurisdiction. [Underlining added; italics in original.]

It follows that the appellant's application for *habeas corpus* must fail. Even though the application is formulated as a challenge to the legality of his incarceration, it is predicated on the unconstitutionality of the crime of which he was convicted. It therefore amounts to an impermissible collateral attack against his conviction.

d'habeas corpus, une action déclaratoire de la détention illégale de l'accusé, une action en dommages-intérêts pour emprisonnement arbitraire ou une défense à une accusation d'évasion d'une garde légale. Toutes ces attaques indirectes échoueraient pour le motif que l'accusé était détenu conformément au jugement d'un tribunal compétent. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Il s'ensuit que la requête en *habeas corpus* de l'appelant doit échouer. Même si elle est formulée sous guise de contestation de la légalité de son incarcération, cette requête est en fait fondée sur l'inconstitutionnalité du crime dont il a été déclaré coupable. Elle équivaut donc à une attaque indirecte non permise contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.

55

Although my colleague rejects the appellant's attempt to characterize the application as something other than a collateral attack against a conviction, he proceeds to discuss how the s. 7 challenge might theoretically have been analyzed if the appellant's characterization had been accepted. Under the heading of "*Habeas Corpus under the Charter*", Sopinka J. essentially argues that the continued incarceration of the appellant would not violate s. 7 because the evidence was sufficient to support a murder conviction even in the absence of the constructive murder provisions. I do not take Sopinka J.'s comments to mean that when an offence is declared unconstitutional, persons who were previously convicted of the offence potentially have a s. 7 remedy against their continued incarceration depending on the strength of the evidence against them. Although, like the present appellant, such applicants might attempt to frame their applications as an attack on their incarceration, they would nevertheless be challenging their convictions just as the present appellant is. As Professor Hogg observed, in the passage adopted by Sopinka J., *supra*, any application for *habeas corpus* in such circumstances would be precluded by *res judicata*.

Bien que mon collègue rejette la tentative de l'appelant de caractériser sa requête comme autre chose qu'une attaque indirecte contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, il examine comment la contestation fondée sur l'art. 7 aurait pu théoriquement être analysée si la caractérisation de l'appelant avait été acceptée. Sous la rubrique intitulée: «*L'habeas corpus en vertu de la Charte*», le juge Sopinka soutient essentiellement que le maintien de l'incarcération de l'appelant n'irait pas à l'encontre de l'art. 7 parce que la preuve était suffisante pour étayer une déclaration de culpabilité de meurtre même en l'absence des dispositions sur le meurtre par imputation. Je n'interprète pas les commentaires du juge Sopinka comme signifiant que les personnes déclarées coupables d'une infraction — ultérieurement déclarée inconstitutionnelle — pourraient, dépendant du poids de la preuve contre elles, obtenir réparation en vertu de l'art. 7 à l'encontre de leur incarcération. Même si, à l'instar de l'appelant, ces personnes tentaient de formuler leur demande comme une attaque contre leur incarcération, il demeure qu'elles se trouveraient néanmoins à contester la déclaration de culpabilité prononcée contre elles, comme le fait l'appelant en l'espèce. Comme le professeur Hogg, *op. cit.*, l'a fait remarquer dans l'extrait retenu par le juge Sopinka, le principe de l'autorité de la chose jugée écarterait dans ces circonstances toute demande d'*habeas corpus*.

Indeed, if it were not so, then the Court would be placed in the unsatisfactory position of having to sift through the trial record, the facts read in on a guilty plea, or affidavit evidence received many years after the trial, in an effort to determine whether a conviction could be supported under some other statutory provision. The practical problems associated with reopening convictions in this manner make it essential to have a rule which permits an accused to contest his conviction throughout the appeals process, but which considers the matter *res judicata* once all appeals have been exhausted. This rule “affords a means of striking a balance between the ‘wholly impractical dream of providing perfect justice to *all* those convicted under the overruled authority and the practical necessity of having some finality in the criminal process’” (emphasis in original): *Wigman, supra*, at p. 257, adopted by Sopinka J., for the Court, in *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713, at p. 715. As my colleague McLachlin J. observed in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193, “[p]erfection in justice is as chimeric as perfection in any other social agency. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice”.

I would dispose of the appeal in the manner proposed by Sopinka J.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

Solicitors for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; the Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

En fait, si tel n'était pas le cas, notre Cour serait placée dans la malencontreuse situation d'être contrainte à revoir le dossier de première instance, les faits qui font partie du dossier du plaidoyer de culpabilité, ou les affidavits reçus de nombreuses années après le procès, pour tenter de déterminer si une déclaration de culpabilité pourrait être fondée sur d'autres dispositions législatives. Vu les problèmes pratiques qu'il y a à rouvrir ainsi les dossiers dans lesquels une déclaration de culpabilité a été prononcée, il est essentiel d'avoir une règle qui permette à un accusé de contester en appel la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, mais qui considère l'affaire comme assujettie au principe de l'autorité de la chose jugée lorsque toutes les voies d'appel ont été épuisées. Cette règle «permet d'établir un équilibre entre [TRADUCTION] «le rêve très peu réaliste d'assurer une justice parfaite à tous ceux qui ont été déclarés coupables en vertu du précédent rejeté et la nécessité pratique d'un certain caractère définitif du processus en matière criminelle»» (en italique dans l'original): *Wigman*, précité, à la p. 257, approuvé par le juge Sopinka, s'exprimant au nom de notre Cour, dans *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713, à la p. 715. Comme ma collègue le juge McLachlin le fait remarquer dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 193: «Il est aussi utopique de chercher la perfection dans les institutions judiciaires que de la chercher dans tout autre organisme social. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable.»

Je trancherais le présent pourvoi de la façon proposée par le juge Sopinka.

Pourvoi rejeté

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

Procureurs de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa; le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

John Seymour *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SEYMOUR

File No.: 24642.

1996: February 22; 1996: May 30.

Present: La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Mens rea — Murder — Drunkenness — Accused convicted of second degree murder after stabbing wife to death — Whether trial judge erred in instructing jury as to effect of drunkenness on requisite intent for murder — Whether trial judge should have used two-stage charge allowing jury to consider whether degree of drunkenness was such as to negate accused's capacity to form intent — Whether trial judge failed to instruct jury adequately on effect of drunkenness on accused's ability to foresee consequences of acts.

The accused was convicted on a charge of second degree murder arising from the stabbing death of his wife. After drinking heavily throughout the course of the evening and in the early morning hours, he had returned to the apartment he shared with the victim and their five children. He was in a state of intoxication with a blood alcohol reading estimated by the expert witnesses to be some two and a half times the legal driving limit. When the victim returned about an hour later, a quarrel ensued. The accused went to the kitchen, got a knife, and stabbed or slashed the victim six times. The victim was pronounced dead at the hospital. At trial the only issue was whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter. After deliberating at some length, the jury asked for clarification on intent, and "drunken intent". In replying to the question the trial judge stated: "You should consider the effect of intoxication along with the other facts in deciding whether the accused intended to inflict an injury on the victim which he knew was likely to cause death or whether intoxication affected his ability to foresee the consequences of his actions." The jury found the

John Seymour *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SEYMOUR

N° du greffe: 24642.

1996: 22 février; 1996: 30 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Mens rea — Meurtre — Ivresse — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir tué son épouse à coups de couteau — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans les directives qu'il a données au jury relativement à l'effet de l'ivresse sur l'intention requise pour commettre un meurtre? — Le juge du procès aurait-il dû recourir à un exposé en deux temps qui aurait permis au jury de se demander si le degré d'ivresse était élevé au point d'annihiler la capacité de l'accusé de former l'intention? — Le juge du procès a-t-il omis de donner au jury des directives suffisantes quant à l'effet de l'ivresse sur la capacité de l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes?

L'accusé a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir tué son épouse à coups de couteau. Après avoir bu copieusement toute la soirée, jusqu'à tôt le matin, il est revenu à l'appartement qu'il partageait avec la victime et leurs cinq enfants. Il était ivre, son alcoolémie se situant, d'après les témoins experts, à près de deux fois et demie la limite fixée pour la conduite d'un véhicule à moteur. Lorsque la victime est revenue environ une heure plus tard, une querelle a éclaté. L'accusé s'est rendu dans la cuisine où il s'est emparé d'un couteau, et a poignardé la victime ou lui a infligé des coupures à six reprises. Le décès de la victime a été constaté à l'hôpital. Au procès, la seule question en litige était de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire. Après avoir délibéré pendant un certain temps, le jury a demandé des précisions sur l'intention et l'«intention formée par une personne ivre». Dans sa réponse à la question, le juge du procès a affirmé: «Vous devriez prendre en considération l'effet de l'intoxication de même que les autres faits pour décider si l'accusé avait l'intention de causer à la victime des lésions corporelles

accused guilty of murder. The Court of Appeal upheld the conviction in a majority decision.

Held: The appeal should be allowed and a new trial directed.

When charging with respect to an offence which requires proof of a specific intent it will always be necessary to explain that, in determining the accused's state of mind at the time the offence was committed, jurors may draw the common sense inference that sane and sober persons intend the natural and probable consequences of their actions. Different considerations will apply, however, where there is evidence that the accused was intoxicated at the time of the offence. It is common knowledge that a significant degree of intoxication may affect a person's state of mind and thus the ability to foresee the consequences of actions. It is therefore essential for a trial judge to link the instructions given pertaining to intoxication to those relating to the common sense inference so that the jury is specifically instructed that evidence of intoxication may rebut that inference. A trial judge is obliged to ensure that the jury understands two important conditions: (1) the reasonable common sense inference may be drawn only after an assessment of all of the evidence, including the evidence of intoxication; and (2) the inference cannot be applied if the jury is left with a reasonable doubt about the accused's intention.

Notwithstanding the general preference for a charge dealing only with "intent in fact", this was a case where a two-step charge would have been preferable, in view of the primary reliance by the accused on a defence of incapacity to form the requisite intent, as well as the use of "capacity" language by the expert witness. Further, while the trial judge was correct to include in his recharge the issue of the accused's ability to measure or foresee the consequences of his act, he erred in failing to remind the jury that the ultimate issue for its determination was whether the accused actually intended to cause bodily harm which he knew would be likely to cause death. Greater weight and significance must be attached to this error, as it was made in the course of responding to the jury's question. Finally, at no time was the critical connection made between the common sense inference and the possible effect upon it of the evidence of intoxication. In responding to the jury's

qu'il savait de nature à causer sa mort, ou si l'intoxication a affecté sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes.» Le jury a reconnu l'accusé coupable de meurtre. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Lorsque l'on donne au jury des directives sur une infraction exigeant la preuve de l'existence d'une intention spécifique, il sera toujours nécessaire d'expliquer que, pour déterminer l'état d'esprit de l'accusé au moment de l'infraction, les jurés peuvent faire la déduction conforme au bon sens que les personnes saines et sobres veulent les conséquences naturelles et probables de leurs actes. Toutefois, des considérations différentes s'appliquent en présence d'une preuve que l'accusé était intoxiqué au moment de l'infraction. Il est notoire qu'un degré avancé d'intoxication peut avoir un effet sur l'état d'esprit d'une personne et, partant, sur sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes. Il est donc essentiel que le juge du procès établisse un lien entre les directives visant l'intoxication et celles portant sur la déduction conforme au bon sens, de manière à informer expressément le jury que la preuve d'intoxication peut réfuter cette déduction. Le juge du procès doit s'assurer que le jury comprend deux conditions importantes: (1) la déduction conforme au bon sens ne peut être faite qu'après l'appréciation de toute la preuve, y compris celle de l'intoxication, et (2) la déduction ne peut s'appliquer si le jury conserve un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé.

Nonobstant la préférence générale pour un exposé au jury traitant seulement de «l'intention de fait», il s'agissait d'un cas où il aurait été préférable de procéder à un exposé en deux temps, compte tenu du fait que l'accusé invoquait principalement comme moyen de défense l'incapacité de former l'intention requise, et du fait que le témoin expert a mentionné la «capacité». De plus, même si le juge du procès a eu raison d'inclure, dans son nouvel exposé, la question de la capacité de l'accusé d'évaluer ou de prévoir les conséquences de ses actes, il a commis une erreur en ne rappelant pas au jury que la question qu'il devait trancher, en définitive, était de savoir si l'accusé avait réellement voulu causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort. Cette erreur est d'autant plus importante qu'elle a été commise en répondant à une question du jury. Enfin, à aucun moment n'a-t-on établi l'existence du lien critique entre la déduction conforme au bon sens et l'effet

question requesting clarification on intent, the trial judge again failed to link the inference to the evidence of intoxication. These errors all combine to make the holding of a new trial essential.

Cases Cited

Applied: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; **referred to:** *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Giannotti* (1956), 115 C.C.C. 203; *Mulligan v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 612; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 97 C.C.C. (3d) 36, 56 B.C.A.C. 173, 92 W.A.C. 173, affirming the accused's conviction of second degree murder. Appeal allowed.

B. Rory B. Morahan, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — The question raised in this appeal is whether the trial judge properly charged the jury with respect to the effect of intoxication upon the requisite intent on a charge of murder. The appeal will be resolved by the application of the principles set out by this Court in the recent trilogy of cases dealing with the issue: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740, and *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757.

que pouvait avoir sur elle la preuve d'intoxication. Lorsqu'il a répondu à la demande de précisions du jury sur la question de l'intention, le juge du procès a encore là omis de rattacher la déduction à la preuve d'intoxication. Toutes ces erreurs font en sorte qu'il est essentiel de tenir un nouveau procès.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; **arrêts mentionnés:** *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Giannotti* (1956), 115 C.C.C. 203; *Mulligan c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 612; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a(ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 97 C.C.C. (3d) 36, 56 B.C.A.C. 173, 92 W.A.C. 173, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

B. Rory B. Morahan, pour l'appelant.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si le juge du procès a donné des directives adéquates aux jurés quant à l'effet de l'intoxication sur l'intention requise dans le cas d'une accusation de meurtre. Le pourvoi sera tranché en appliquant les principes établis par notre Cour dans la trilogie récente portant sur ce point, à savoir *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740, et *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757.

Factual Background

The appellant was found guilty, by a jury, on a charge of second degree murder arising from the stabbing death of his wife. The evidence at trial indicated that the appellant and the deceased had been drinking heavily throughout the course of the evening and early morning hours prior to the stabbing. At about 5:00 a.m., the appellant returned to the apartment which he shared with the deceased and their five children. He was in a state of intoxication with a blood alcohol reading estimated by the expert witnesses to be between .198 and .218. This would be some two and a half times the legal driving limit. He awakened the children and told them that they should pack, as he intended to move them back to their former home in another town. The deceased returned about an hour later, and objected to the removal of the two youngest children. A quarrel ensued. The appellant went to the kitchen and got a knife. He then sat on top of the deceased on the couch, and stabbed or slashed her six times, three times in the side of her neck. The deceased was able to rise and hold one of her children before returning to the couch, where she lapsed into unconsciousness. The appellant left the room then stabbed himself in the neck. These events were observed by some of the children, one of whom pulled the knife out of her father's neck. The deceased was pronounced dead at the hospital while the appellant recovered from his wound.

At trial the only issue was whether the appellant was guilty of second degree murder or manslaughter. The jury found him guilty of murder. The appellant appealed on the basis that the trial judge had erred in his instructions to the jury as to his defence pertaining to the effect of drunkenness on his ability to form the requisite intent for murder. The majority upheld the conviction, while Lambert J.A. dissented and would have directed a new trial: (1995), 97 C.C.C. (3d) 36, 56 B.C.A.C. 173, 92 W.A.C. 173.

Les faits

Au terme d'un procès devant jury, l'appelant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir tué son épouse à coups de couteau. La preuve au procès indiquait que, le soir en cause, l'appelant et la victime avaient bu copieusement toute la soirée, jusqu'à tôt le matin. Vers 5 h, l'appelant est revenu à l'appartement qu'il partageait avec la victime et leurs cinq enfants. Il était ivre, son alcoolémie se situant entre 0,198 et 0,218 d'après les témoins experts, ce qui correspond à près de deux fois et demie la limite fixée pour la conduite d'un véhicule à moteur. Il a réveillé les enfants et leur a dit qu'ils devraient plier bagage puisqu'il entendait les ramener à leur ancien foyer dans une autre ville. La victime est revenue environ une heure plus tard et s'est opposée au départ des deux plus jeunes enfants. Une querelle a éclaté. L'appelant s'est rendu dans la cuisine où il s'est emparé d'un couteau. Il s'est ensuite assis sur la victime, qui était couchée sur le divan, puis l'a poignardée ou infligé des coupures à six reprises, dont trois sur le côté du cou. La victime a pu se relever et tenir l'un de ses enfants avant de retourner sur le divan où elle s'est évanouie. L'appelant a quitté la pièce, pour ensuite se poignarder dans le cou. Ces événements se sont déroulés devant certains des enfants, dont l'une a retiré le couteau du cou de son père. Le décès de la victime a été constaté à l'hôpital, alors que l'appelant se remettait de sa blessure.

Au procès, la seule question en litige était de savoir si l'appelant était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire. Le jury l'a déclaré coupable de meurtre. L'appelant a interjeté appel en faisant valoir que le juge du procès avait commis une erreur dans les directives qu'il avait données au jury relativement à l'effet de l'ivresse sur sa capacité de former l'intention requise pour commettre un meurtre, qu'il avait invoqué comme moyen de défense. La cour à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité, alors que le juge Lambert, dissident, aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1995), 97 C.C.C. (3d) 36, 56 B.C.A.C. 173, 92 W.A.C. 173.

Decisions Below*The Trial Judge*

4 The trial judge explained to the jury that they might draw the inference that people normally intend the natural consequences of their actions. He stated:

Thus, in deciding whether the accused intended or meant to cause the death of the victim you are entitled as a matter of common sense to draw an inference that a person intends the natural and probable consequences of his or her voluntary acts.

5 He went on to charge the jury that the offence of murder could be committed if the accused intended to cause bodily harm to the victim which he knew was likely to result in death and was reckless whether death ensued or not.

6 The trial judge instructed the jury that they could not convict the appellant of murder if they found that as a result of the consumption of alcohol he lacked the requisite intent to cause death or did not mean to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued.

7 After the charge was completed and the jury had retired, both counsel requested the judge to recharge the jury on the foreseeability element. The trial judge had instructed the jury in accordance with *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (B.C.C.A.), but he omitted a passage dealing with foreseeability which required that the jury be directed to consider the effect of drunkenness on the accused's knowledge that his acts were likely to cause death and on the accused's ability to foresee the consequences of his actions. The trial judge denied the request because, in his opinion, the charge, when read as a whole, conveyed the required message.

8 The jury deliberated for many hours and then returned with the following questions: "Intent, clarification, please? What is drunken intent? What is intent, defined? . . ." In answering the jury's questions, the trial judge reread most of the portion

Les juridictions inférieures*Le juge du procès*

Le juge du procès a expliqué au jury qu'il pourrait éventuellement déduire que les personnes veulent normalement les conséquences naturelles de leurs actes. Il a dit:

[TRADUCTION] Par conséquent, pour décider si l'accusé voulait ou entendait causer la mort de la victime, il est conforme au bon sens que vous puissiez déduire qu'une personne veut les conséquences naturelles et probables de ses actes délibérés.

Il a ensuite expliqué au jury qu'il pouvait y avoir meurtre si l'accusé avait l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Le juge du procès a informé le jury qu'il ne pourrait déclarer l'appellant coupable de meurtre s'il concluait que, en raison de sa consommation d'alcool, il n'avait pas l'intention requise de causer la mort, ou qu'il n'avait pas l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Une fois l'exposé terminé et le jury retiré, les deux avocats ont demandé au juge de donner de nouvelles directives au jury sur l'élément «prévisibilité». Le juge du procès avait donné des directives au jury conformément à l'arrêt *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (C.A.C.-B.), mais il avait omis un passage portant sur la prévisibilité, selon lequel le jury devait être invité à tenir compte de l'effet de l'ivresse sur la connaissance par l'accusé du risque que ses actes causent la mort et sur sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes. Le juge du procès a rejeté la requête parce qu'à son avis l'exposé au jury, pris dans son ensemble, transmettait le message requis.

Le jury a délibéré pendant de nombreuses heures, puis est revenu poser les questions suivantes: [TRADUCTION] «Intention, précisions s'il-vous-plaît? Qu'est que l'intention formée par une personne ivre? Qu'est ce que l'intention, défi-

of his original charge that dealt with the defence of drunkenness and then added:

You should consider the effect of intoxication along with the other facts in deciding whether the accused intended to inflict an injury on the victim which he knew was likely to cause death or whether intoxication affected his ability to foresee the consequences of his actions.

British Columbia Court of Appeal (1995), 97 C.C.C. (3d) 36

McEachern C.J.B.C. (Gibbs J.A. concurring)

The Chief Justice held that the trial judge's original charge to the jury was deficient in failing to give instructions concerning the foreseeability of the consequences of the acts of the accused and that the recharge in response to the jury's questions was largely a repetition of his initial instructions. He went on to observe that the trial judge's reference to "ability" was not fatal to the charge since there were numerous other passages where the defence of intoxication was explained and where the jury was asked to consider whether intoxication affected the appellant's actual intent. The majority noted that jury charges should be regarded as a whole and, viewed in this manner, it was apparent that the jury was adequately instructed both on the question of the foreseeability of the consequences of the accused's actions and on the necessary intent to commit the offence.

Lambert J.A. (dissenting)

Lambert J.A. held that it was necessary to charge the jury on the capacity of the accused to form the intention to commit murder, before charging them on intention itself, "in order to provide the basis for a permissible inference that the accused intended the natural and probable consequences of his or her acts" (p. 45). In addition, he was of the opinion that a direction must be given to the jury regarding s. 229(a)(ii) of the *Criminal*

Code? . . . » En répondant aux questions du jury, le juge du procès a relu presque toute la partie de son exposé initial qui portait sur le moyen de défense d'ivresse, puis a ajouté:

[TRADUCTION] Vous devriez prendre en considération l'effet de l'intoxication de même que les autres faits pour décider si l'accusé avait l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort, ou si l'intoxication a affecté sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 97 C.C.C. (3d) 36

Le juge en chef McEachern (avec l'appui du juge Gibbs)

Le Juge en chef a conclu que l'exposé initial du juge du procès au jury était incomplet du fait qu'il ne comportait pas de directive sur la prévisibilité des conséquences des actes de l'accusé, et que le nouvel exposé que le juge du procès avait fait en réponse aux questions du jury réitérait largement ses directives initiales. Il a ensuite fait remarquer que la mention de la «capacité» par le juge du procès ne portait pas un coup fatal à l'exposé puisqu'il existait de nombreux autres passages où la défense d'intoxication était expliquée et où le jury était invité à déterminer si l'intoxication avait eu un effet sur l'intention véritable de l'appelant. La cour à la majorité a souligné que les exposés faits au jury devraient être examinés comme un tout et que, si on les considérait de cette manière, il devenait évident que le jury avait reçu des directives adéquates à la fois sur la question de la prévisibilité des conséquences des actes de l'accusé et sur l'intention requise pour commettre l'infraction.

Le juge Lambert (dissident)

Le juge Lambert a conclu qu'il était nécessaire de donner au jury des directives sur la capacité de l'accusé de former l'intention de commettre un meurtre, avant de lui en donner sur l'intention elle-même, [TRADUCTION] «afin de fournir le motif de déduire que l'accusé a voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes» (p. 45). De plus, il était d'avis qu'il fallait donner au jury des directives sur le sous-al. 229a)(ii) du *Code crimi-*

Code, R.S.C., 1985, c. C-46, concerning the accused's ability to foresee the consequences of his actions and not just his actual foresight of the consequences.

nel, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à la capacité de l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes et non seulement concernant sa prévision véritable des conséquences.

¹¹ Lambert J.A. held that the two-step analysis set out in *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (Ont. C.A.), is the correct approach and that the omission of the first step in relation to capacity will tend to leave the jury without adequate guidance in relation to the use of the inference that a person intends the natural consequences of his actions in situations when drunkenness must be considered. He concluded that the trial judge failed to link his instructions relating to the common sense inference which may be drawn from acts of the accused to his instructions pertaining to the drunkenness of the accused and to the effect of that drunkenness on the issue of intention to cause death or bodily harm. In his view, the same link should have been made between the drawing of the common sense inference and the effect drunkenness would have upon the accused's ability to foresee the consequences of his acts and his knowledge as to whether those acts were likely to cause death. In his opinion, the recharge was also inadequate in that it diverted the jury's attention away from the real question which was whether the appellant actually knew that his acts were likely to cause death.

Le juge Lambert a statué que l'analyse en deux étapes énoncée dans l'arrêt *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A. Ont.), est la bonne façon de procéder et que, dans les cas où il faut tenir compte de l'ivresse, l'omission de la première étape relativement à la capacité tend à priver le jury de directives adéquates sur l'usage de la déduction qu'une personne veut les conséquences naturelles de ses actes. Il a conclu que le juge du procès avait omis d'établir un lien entre ses directives sur la déduction conforme au bon sens qui peut être faite à partir des actes de l'accusé, et ses directives sur l'ivresse de l'accusé et sur l'effet de cette ivresse sur la question de l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles. À son avis, il aurait fallu établir le même lien entre la déduction conforme au bon sens et l'effet de l'ivresse sur la capacité de l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes et sur sa conscience du fait que ces actes étaient de nature à causer la mort. À son avis, le nouvel exposé était également insuffisant du fait qu'il détournait l'attention du jury de la vraie question, qui était de savoir si l'appelant savait réellement que ses actes étaient de nature à causer la mort.

Legislation

Dispositions législatives

¹² The relevant provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, reads as follows:

La disposition pertinente du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, se lit ainsi:

229. Culpable homicide is murder

229. L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(a) where the person who causes the death of a human being

a) la personne qui cause la mort d'un être humain:

(i) means to cause his death, or

(i) ou bien a l'intention de causer sa mort,

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

(ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'en-suive ou non;

Issues on Appeal

The issues may be framed as follows:

1. How should a trial judge charge a jury when the drunkenness of the accused must be taken into consideration?
2. Is it necessary for a trial judge to link the common sense inference that a person intends the natural and probable consequences of his or her actions to the drunkenness of the accused?
3. Did the trial judge err in his recharge to the jury by effectively instructing them that if they found that the appellant had the capacity to foresee the consequences of his actions, he must be taken to have actually foreseen them and to have known that his actions were likely to cause death or grievous bodily harm?

Analysis*Jury Charge on the Defence of Intoxication*

In the recent trilogy of cases dealing with the effect of drunkenness upon the requisite intent to commit murder, this Court overruled the long-standing decision in *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330. It was found that the decision violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* since it would allow an accused to be convicted of murder even in situations where the evidence raised a reasonable doubt as to the existence of the requisite intent necessary to commit the offence. The *MacAskill* case, which adopted the English rules established in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.), had held that evidence of drunkenness could be taken into account in so far as it rendered the accused incapable of the state of mind required for the offence. In the trilogy this approach was rejected. It was held that once a judge is satisfied that the intoxication threshold is met (that is to say it is a live issue), instructions must be given to the jury that the issue before them is whether the Crown has satisfied them beyond a reasonable

Les questions en litige

Les questions en litige peuvent être formulées ainsi:

1. Quelles directives le juge du procès devrait-il donner au jury lorsque l'ivresse de l'accusé doit être prise en considération?
2. Est-il nécessaire que le juge du procès établisse un lien entre la déduction, conforme au bon sens, que la personne veut les conséquences naturelles et probables de ses actes, et l'ivresse de l'accusé?
3. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son nouvel exposé au jury, en lui disant effectivement que s'il concluait que l'appelant était capable de prévoir les conséquences de ses actes, il fallait considérer qu'il les avait effectivement prévues et qu'il devait savoir que ses actes étaient de nature à causer la mort ou de graves lésions corporelles?

Analyse*L'exposé au jury sur la défense d'intoxication*

Dans la récente trilogie portant sur l'effet de l'ivresse sur l'intention requise pour commettre un meurtre, notre Cour a renversé l'arrêt de longue date *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330. On y a conclu que cet arrêt violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisqu'il permettait de déclarer un accusé coupable de meurtre même dans des cas où la preuve soulevait un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention requise pour commettre l'infraction. Dans l'arrêt *MacAskill*, où on a adopté les règles anglaises établies dans *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.), on avait conclu que la preuve d'ivresse pouvait être prise en considération dans la mesure où elle rendait l'accusé incapable d'avoir l'état d'esprit requis pour commettre l'infraction. Ce point de vue a été rejeté dans la trilogie. On a conclu que, dès qu'un juge est convaincu que l'on a satisfait au critère préliminaire de l'intoxication (c'est-à-dire que la question se pose effectivement), il doit alors dire au jury que la question à trancher est de savoir si le ministère

doubt that the accused had the required intent to commit the offence.

15 The Chief Justice writing for the majority in *Robinson* observed that provincial courts of appeal had for some time recognized the problem posed by *Beard* and *MacAskill* and attempted to clarify and broaden the position adopted in these decisions. Unfortunately, there was a difference of opinion between the appellate courts of Ontario and British Columbia as to the method that should be followed when instructing juries as to the effect of intoxication on the requisite intent required for murder. In *MacKinlay* the Ontario Court of Appeal favoured a two-step approach. First the jury were to consider whether as a result of consuming alcohol or drugs the accused was capable of forming the requisite intent. If they were left in doubt that the accused had the capacity to form the intent then they were to find the accused not guilty of murder and consider the offence of manslaughter. If the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did have the capacity to form the requisite intent then the jury were to proceed to the second step. Namely, having regard to all the relevant evidence including that pertaining to alcohol, they were to determine whether they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused actually had the requisite intent. In *Canute*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal decided that the two-step approach was unnecessary and wrong. They determined that there was but one issue for the jury to decide and that is whether the accused had the requisite intent. On this issue it was thought to be confusing for a jury to have to consider the capacity of the accused to form the intent. Much of the reasons in *Robinson* are devoted to resolving the difference between these two appellate courts.

public l'a convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise pour commettre l'infraction.

Dans les motifs majoritaires qu'il a rédigés dans *Robinson*, le Juge en chef a fait observer que les cours d'appel provinciales avaient, depuis un certain temps, reconnu le problème posé par les arrêts *Beard* et *MacAskill*, et tenté de clarifier et d'élargir le point de vue qui y était adopté. Malheureusement, il y avait divergence d'opinions entre la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique quant à la méthode à suivre pour donner des directives au jury relativement à l'effet de l'intoxication sur l'intention requise pour commettre un meurtre. Dans l'arrêt *MacKinlay*, la Cour d'appel de l'Ontario a préconisé une approche en deux temps. Dans un premier temps, le jury devait se demander si, par suite de sa consommation d'alcool ou de drogue, l'accusé était capable de former l'intention requise. Si le jury conservait un doute au sujet de la capacité de l'accusé de former cette intention, il devait alors le déclarer non coupable de meurtre et examiner la possibilité de le déclarer coupable d'homicide involontaire. Si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé était capable de former l'intention requise, il devait alors passer à la deuxième étape. En d'autres termes, il devait, compte tenu de tous les éléments de preuve pertinents, y compris ceux portant sur la consommation d'alcool, déterminer s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait eu effectivement l'intention requise. Dans l'arrêt *Canute*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'approche en deux temps était inutile et erronée. Elle a décidé que le jury ne devait se prononcer que sur une seule question en litige, soit celle de savoir si l'accusé avait l'intention requise. Sur ce point, on estimait qu'il pourrait être déroutant pour un jury d'avoir à examiner la capacité de l'accusé de former l'intention. Une grande partie des motifs de l'arrêt *Robinson* est consacrée à supprimer la divergence entre ces deux cours d'appel.

16 The trilogy generally approved the approach recommended by the British Columbia Court of Appeal in *Canute*, *supra*, but recognized that the

Dans la trilogie, on a approuvé, de manière générale, l'approche recommandée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt

two-step approach put forward by the Ontario Court of Appeal in *MacKinlay*, *supra*, could also be utilized in appropriate circumstances. *Canute* held that in instructing a jury on the use to be made of evidence of intoxication all references to capacity should be removed. In *Robinson*, the Chief Justice observed that a charge given along the lines suggested by *Canute* is generally a useful model for trial judges to follow since the omission of any reference to "capacity" or "capability" focuses the jury on the question of "intent in fact". It was determined that, practically speaking, in cases dealing with the foreseeability aspect of s. 229(a)(ii) of the *Criminal Code*, a jury will rarely have to consider the issue of capacity to form the requisite intent, since a level of impairment falling short of incapacity will often be sufficient to raise a reasonable doubt that the accused actually foresaw that his or her actions were likely to cause the death of the victim.

Nonetheless, the Chief Justice pointed out that, in certain cases, because of the particular facts or the expert evidence called, it might be appropriate to charge both with regard to the capacity to form the requisite intent and with regard to the need to determine, in all the circumstances, whether the requisite intent was in fact formed by the accused. It was observed that situations where it may be appropriate for trial judges to use the two-step instructions recommended by the Ontario Court of Appeal in *MacKinlay*, *supra*, included but were not limited to:

(a) Cases where the only question is whether the accused intended to kill the victim (s. 229(a)(i) of the *Code*), since the defence that the accused was too drunk to form the requisite intent will be unlikely to succeed unless the jury is satisfied that the accused was so drunk that he or she was not capable of forming an intent to kill;

Canute, précité, tout en reconnaissant que l'approche en deux temps proposée par la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *MacKinlay*, précité, pouvait également être utilisée lorsque cela est indiqué. Dans l'arrêt *Canute*, on a conclu qu'il y avait lieu d'éviter toute mention de la capacité dans l'exposé portant sur l'utilisation que le jury doit faire d'une preuve d'intoxication. Dans l'arrêt *Robinson*, le Juge en chef a fait remarquer que les directives données de la manière proposée dans l'arrêt *Canute* sont généralement un modèle utile pour les juges du procès, étant donné que l'absence de toute mention de la «capacité» permet au jury de se concentrer sur la question de «l'intention de fait». On a conclu que, en pratique, dans les affaires portant sur l'aspect «prévisibilité» du sous-al. 229a(ii) du *Code criminel*, le jury aura rarement besoin d'examiner la question de la capacité de former l'intention requise, étant donné qu'un niveau de facultés affaiblies qui ne permet pas d'établir l'incapacité sera souvent suffisant pour susciter un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a réellement prévu que ses actes seraient de nature à causer la mort de la victime.

Le Juge en chef a néanmoins souligné que, dans certains cas, en raison des faits particuliers de l'affaire ou de la preuve d'expert déposée, il pourrait être approprié de donner des directives à la fois en ce qui concerne la capacité de former l'intention requise et en ce qui concerne la nécessité de déterminer, compte tenu de toutes les circonstances, si l'accusé a effectivement formé l'intention requise. On a fait observer que les situations où il peut être indiqué pour le juge du procès de recourir aux directives en deux temps recommandées par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *MacKinlay*, précité, comprennent notamment:

a) les cas où il s'agit seulement de savoir si l'accusé a voulu tuer la victime (sous-al. 229a(i) du *Code*), puisqu'il y a peu de chances que le moyen de défense voulant que l'accusé fut trop ivre pour pouvoir former l'intention requise soit retenu, à moins que le jury ne soit convaincu que l'accusé était ivre au point d'être incapable de former l'intention de tuer;

(b) Cases where the accused's defence is one of incapacity and therefore the accused specifically requests a "capacity" charge as part of his or her defence; and

(c) Cases where an expert has testified in terms of the effect of alcohol or other intoxicants on capacity, making a two-step charge more helpful to the jury.

18 In those cases where the two-stage process is followed, *Robinson* provides the following guidelines, at para. 54:

... a jury might be instructed that their overall duty is to determine whether or not the accused possessed the requisite intent for the crime. If on the basis of the expert evidence the jury is left with a reasonable doubt as to whether, as a result of the consumption of alcohol, the accused had the capacity to form the requisite intent then that ends the inquiry and the accused must be acquitted of the offence and consideration must then be given to any included lesser offences. However, if the jury is not left in a reasonable doubt as a result of the expert evidence as to the capacity to form the intent then of course they must consider and take into account all the surrounding circumstances and the evidence pertaining to those circumstances in determining whether or not the accused possessed the requisite intent for the offence. [Emphasis in original.]

It will not automatically constitute reversible error if a trial judge makes references to "capacity" or "capability", even in those cases where it would have been preferable for the trial judge to have followed the one-step *Canute*-type charge. If a charge is challenged on that basis, an appellate court will be required to review the charge and determine whether there is a reasonable possibility that the jury may have been misled into believing that a determination of capacity was the only relevant inquiry: see *Robinson*, at para. 53.

Linking the Common Sense Inference

19 When charging with respect to an offence which requires proof of a specific intent it will always be necessary to explain that, in determining the accused's state of mind at the time the offence was

b) les cas où l'accusé invoque l'incapacité comme moyen de défense et où, par conséquent, il demande expressément, dans le cadre de sa défense, que des directives soient données sur la question de la «capacité»;

c) les cas où un expert a parlé, dans son témoignage, de l'effet de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes sur la capacité, ce qui augmente l'utilité pour le jury d'un exposé en deux temps.

Dans les cas où le processus en deux temps est adopté, l'arrêt *Robinson* fournit les lignes directrices suivantes, au par. 54:

... on pourrait dire au jury que sa tâche globale consiste à déterminer si l'accusé possédait ou non l'intention requise pour commettre le crime. Si, compte tenu de la preuve d'expert, le jury conserve un doute raisonnable quant à savoir si, par suite de la consommation d'alcool, l'accusé avait la capacité de former l'intention requise, cela met fin à l'examen et l'accusé doit être acquitté de l'infraction reprochée; l'examen doit ensuite porter sur les infractions incluses moins graves. Cependant, si, à la suite de la preuve d'expert, le jury n'a pas de doute raisonnable quant à la capacité de former l'intention, il est évident qu'il doit alors examiner et prendre en considération toutes les circonstances et les éléments de preuve relatifs à ces circonstances pour déterminer si l'accusé possédait ou non l'intention requise pour commettre l'infraction. [Souligné dans l'original.]

Le juge du procès qui mentionne la «capacité» ne commettra pas automatiquement une erreur justifiant annulation, même dans le cas où il aurait été préférable qu'il fasse un exposé en un temps de type *Canute*. Si un exposé est contesté pour ce motif, la cour d'appel devra l'examiner pour déterminer s'il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été erronément amené à croire que la seule question pertinente sur laquelle il devait se prononcer était la capacité: voir *Robinson*, au par. 53.

Établissement d'un lien avec la déduction conforme au bon sens

Lorsque l'on donne au jury des directives sur une infraction exigeant la preuve de l'existence d'une intention spécifique, il sera toujours nécessaire d'expliquer que, pour déterminer l'état d'es-

committed, jurors may draw the inference that sane and sober persons intend the natural and probable consequences of their actions. Common sense dictates that people are usually able to foresee the consequences of their actions. Therefore, if a person acts in a manner which is likely to produce a certain result it generally will be reasonable to infer that the person foresaw the probable consequences of the act. In other words, if a person acted so as to produce certain predictable consequences, it may be inferred that the person intended those consequences.

It used to be a standard instruction to juries that there was a presumption that a person intends the natural and probable consequences of his or her acts. However, the Ontario Court of Appeal wisely held in *R. v. Giannotti* (1956), 115 C.C.C. 203, that, rather than a presumption, it should be considered a reasonable inference which may be drawn but is not required to be drawn by juries. This reasoning was subsequently affirmed in *Mulligan v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 612.

However, different considerations will apply where there is evidence that the accused was intoxicated at the time of the offence. The common sense inference as to intention, which may be drawn from actions of the accused, is simply a method used to determine the accused's actual intent. That same common sense makes it readily apparent that evidence of intoxication will be a relevant factor in any consideration of that inference. It follows that the jury must be instructed to take into account the evidence of the accused's consumption of alcohol or drugs, along with all the other evidence which is relevant to the accused's intent, in determining whether, in all the circumstances, it would be appropriate to draw the permissible inference that the accused intended the natural consequences of his actions.

One of the effects of severe intoxication is an inability to foresee the consequences of one's actions, much less intend them. It was for this reason that the Ontario Court of Appeal in *MacKinlay, supra*, at p. 322, held that the state of

prit de l'accusé au moment de l'infraction, les jurés peuvent déduire que les personnes saines et sobres veulent les conséquences naturelles et probables de leurs actes. Le bon sens veut que les personnes soient habituellement capables de prévoir les conséquences de leurs actes. Par conséquent, si une personne agit d'une façon qui est susceptible de produire un certain résultat, il sera généralement raisonnable de déduire que celle-ci a prévu les conséquences probables de son acte. En d'autres termes, si une personne a agi de manière à produire certaines conséquences, on peut en déduire que cette personne a voulu ces conséquences.

Les directives au jury faisaient habituellement état d'une présomption qu'une personne veut les conséquences naturelles et probables de ses actes. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a judicieusement conclu, dans l'arrêt *R. c. Giannotti* (1956), 115 C.C.C. 203, qu'il devrait s'agir non pas d'une présomption, mais plutôt d'une déduction raisonnable que le jury peut faire, sans toutefois y être tenu. Ce raisonnement a, par la suite, été confirmé dans l'arrêt *Mulligan c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 612.

Toutefois, des considérations différentes s'appliquent en présence d'une preuve que l'accusé était intoxiqué au moment de l'infraction. La déduction conforme au bon sens quant à l'intention, qui peut être faite à partir des actes de l'accusé, n'est qu'un moyen de déterminer l'intention véritable de l'accusé. Il est évident, selon le même bon sens, que la preuve d'intoxication constitue un facteur pertinent dans tout examen de cette déduction. Il s'ensuit que le jury doit être invité à tenir compte de la preuve de la consommation d'alcool ou de drogue par l'accusé de même que des autres éléments de preuve qui sont pertinents relativement à l'intention de l'accusé, pour déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, il conviendrait de faire la déduction acceptable que l'accusé a voulu les conséquences naturelles de ses actes.

L'un des effets de l'intoxication grave est l'incapacité de prévoir, et encore moins de vouloir, les conséquences de ses actes. C'est pour cette raison que la Cour d'appel de l'Ontario a, dans l'arrêt *MacKinlay*, précité, à la p. 322, conclu que l'état

20

21

22

mind required to commit the crime described in s. 229(a)(ii) involves an ability on the part of the accused to measure or foresee the consequences of his act and that, therefore, the jury should consider whether intoxication affected his ability to have the required foresight.

23 It is common knowledge that a significant degree of intoxication may affect a person's state of mind and thus the ability to foresee the consequences of actions. It is, therefore, essential for a trial judge to link the instructions given pertaining to intoxication to those relating to the common sense inference so that the jury is specifically instructed that evidence of intoxication may rebut that inference. See *Robinson*, at para. 65. A trial judge is obliged to ensure that the jury understands two important conditions: (1) the reasonable common sense inference may be drawn only after an assessment of all of the evidence, including the evidence of intoxication; and (2) the inference cannot be applied if the jury is left with a reasonable doubt about the accused's intention.

24 In *Canute*, *supra*, Wood J.A. discussed the "natural flow" which a trial judge's instructions should have. He stated that once intent had been defined and the burden on the Crown had been made clear, the next logical step was to discuss the common sense inference that a person intends the natural and probable consequences of his or her actions. He continued (at p. 420):

If the defence of intoxication has an evidentiary foundation, it should be explained next so that the jury may then be told they would not be entitled to draw the inference if, after a consideration of the evidence as a whole including that relating to the intoxication of the accused, they are left with a reasonable doubt whether the required intent has been proven by the Crown beyond a reasonable doubt.

In *Robinson*, the Chief Justice endorsed this "natural flow" approach, and in discussing the importance of the trial judge's making this link, he gave the following caution, at para. 65:

d'esprit requis pour commettre le crime décrit au sous-al. 229a)(ii) comporte la capacité de l'accusé d'évaluer ou de prévoir les conséquences de ses actes et que, par conséquent, le jury devrait se demander si l'intoxication a eu une incidence sur cette capacité.

Il est notoire qu'un degré avancé d'intoxication peut avoir un effet sur l'état d'esprit d'une personne et, partant, sur sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes. Il est donc essentiel que le juge du procès établisse un lien entre les directives visant l'intoxication et celles portant sur la déduction conforme au bon sens, de manière à informer expressément le jury que la preuve d'intoxication peut réfuter cette déduction. Voir l'arrêt *Robinson*, au par. 65. Le juge du procès doit s'assurer que le jury comprend deux conditions importantes: (1) la déduction conforme au bon sens ne peut être faite qu'après l'appréciation de toute la preuve, y compris celle de l'intoxication, et (2) la déduction ne peut s'appliquer si le jury conserve un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé.

Dans l'arrêt *Canute*, précité, le juge Wood a examiné l'[TRADUCTION] «enchaînement naturel» que devraient suivre les directives du juge du procès. Il a affirmé qu'une fois l'intention définie et l'obligation du ministère public clairement établie, l'étape logique suivante consiste à analyser la déduction conforme au bon sens qu'une personne veut les conséquences naturelles et probables de ses actes. Le juge ajoute, à la p. 420:

[TRADUCTION] Si, compte tenu de la preuve, la défense d'intoxication est fondée, elle devrait être ensuite expliquée de façon à pouvoir dire au jury qu'il ne pourrait pas faire cette déduction si, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs à l'intoxication de l'accusé, il conserve un doute raisonnable quant à savoir si l'existence de l'intention requise a été établie hors de tout doute raisonnable par le ministère public.

Dans l'arrêt *Robinson*, le Juge en chef a approuvé cette méthode de l'«enchaînement naturel» et, en analysant l'importance que le juge du procès établisse ce lien, il fait la mise en garde suivante, au par. 65:

This instruction is critical since in most cases jurors are likely to rely on the inference to find intent. Moreover, if no instruction is given, then a confused jury may see a conflict between the inference and the defence and resolve that conflict in favour of their own evaluation of common sense (see *Korzepa* at p. 505). Therefore, an instruction which does not link the common-sense inference with the evidence of intoxication constitutes reversible error. [Emphasis added.]

Application of the Principles Enunciated in Robinson to this Case

Instructions on the Use to be Made of the Evidence of Intoxication

Counsel for the appellant argued that the trial judge should have followed the two-stage process endorsed in *MacKinlay*, *supra*, which would have allowed the jury to consider whether the degree of drunkenness was such as to negate the appellant's capacity to form the intent. It was further submitted that the trial judge failed to instruct the jury adequately on the effect of drunkenness on the ability of the appellant to foresee the consequences of his acts, particularly whether he knew that his acts were likely to cause death. Yet, in recharging the jury in response to their question, the trial judge directed them only as to the appellant's ability to know his act would be likely to cause death and failed to remind them that it was necessary to determine whether the appellant actually knew that his actions would be likely to cause death.

In light of the decisions in *Robinson*, *McMaster* and *Lemky*, the appellant's argument that the trial judge erred in not referring to the capacity of the accused to form the requisite intent must overcome significant difficulties. Provided that a jury is properly instructed that they must find that the accused possessed the requisite intent, then an accused who was not capable of forming the specific intent for the offence obviously cannot be found to have formed that intent. The former is subsumed by the latter. In both *Robinson* and *Lemky*, it was noted

Cette directive est cruciale étant donné que, dans la plupart des cas, il est probable que les jurés s'appuieront sur la déduction pour conclure à l'intention. De plus, si cette directive n'est pas donnée, la confusion engendrée dans l'esprit du jury pourra l'amener à percevoir un conflit entre la déduction et le moyen de défense et à résoudre ce conflit en fonction de sa propre évaluation du bon sens (voir l'arrêt *Korzepa*, à la p. 505). Par conséquent, une directive qui ne rattache pas la déduction conforme au bon sens à la preuve d'intoxication constitue une erreur justifiant annulation. [Je souligne.]

Application à la présente affaire des principes énoncés dans l'arrêt Robinson

Directives sur l'utilisation à faire de la preuve d'intoxication

L'avocat de l'appelant a fait valoir que le juge du procès aurait dû recourir au processus en deux étapes approuvé dans l'arrêt *MacKinlay*, précité, qui aurait permis au jury de se demander si le degré d'ivresse était élevé au point d'annihiler la capacité de l'appelant de former l'intention. Il a en outre prétendu que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives suffisantes quant à l'effet de l'ivresse sur la capacité de l'appelant de prévoir les conséquences de ses actes, en particulier pour ce qui était de déterminer s'il savait que ses actes étaient de nature à causer la mort. Pourtant, dans le nouvel exposé qu'il a fait en réponse aux questions du jury, le juge du procès ne lui a donné des directives que sur la capacité de l'appelant de savoir que ses actes étaient de nature à causer la mort, et il ne lui a pas rappelé qu'il était nécessaire de déterminer si l'appelant savait réellement que ses actes étaient de nature à causer la mort.

Compte tenu des arrêts *Robinson*, *McMaster* et *Lemky*, l'argument de l'appelant voulant que le juge du procès ait commis une erreur en ne mentionnant pas la capacité de l'accusé de former l'intention requise doit surmonter d'importants obstacles. Ce n'est que si le jury est bien informé qu'il doit conclure que l'accusé avait l'intention requise, qu'il ne lui sera manifestement pas possible de statuer que l'accusé qui était incapable de former l'intention spécifique nécessaire pour commettre l'infraction a formé cette intention. La première

that there will be situations where references to capacity may be appropriate. However, in *Lemky*, at para. 15, McLachlin J. stated that: "While the two-stage direction is sometimes helpful, a separate charge on capacity is not a legal requirement and its absence will not generally constitute reversible error."

27

Yet, notwithstanding the general preference for a *Canute*-type charge, this appeal provides a good illustration of the type of case where a two-step instruction, including a reference to the appellant's capacity to form the intent, would have been appropriate. The defence called a forensic alcohol specialist to provide the jury with expert evidence as to the manner in which alcohol affects the human body and the physiological effects of alcohol on the brain. The expert testified that alcohol can interfere with information processing and the transmission of impulses in the brain. This, in turn, can cause a person to perceive a situation incorrectly. The witness testified: "At this level the individuals are unable to foresee and evaluate the consequences of their behaviour due to alcohol-induced disruption of the information processing in the brain." (Emphasis added.) Defence counsel continued his line of questioning by asking whether the research indicates at what range this inability starts. Therefore, since the expert testified in "capacity" terms, this is a case where a two-step charge would have been helpful to the jury.

28

Another factor favouring the use of a two-step instruction is that the appellant's defence was that at the relevant time he had a profound inability to function adequately and that he was unable to understand the consequences of his actions because of his consumption of large quantities of alcohol. Following the trial judge's charge, defence counsel specifically requested that the charge be amplified so as to include a portion from

proposition est sous-entendue dans l'autre. Dans l'arrêt *Robinson* comme dans l'arrêt *Lemky*, on a fait remarquer qu'il y a des situations où il peut être indiqué de mentionner la capacité. Toutefois, dans l'arrêt *Lemky*, au par. 15, le juge McLachlin affirme que «[b]ien que l'exposé en deux temps soit parfois utile, des directives distinctes sur la capacité ne sont pas une exigence légale et leur absence ne constituera pas généralement une erreur justifiant annulation».

Toutefois, nonobstant la préférence générale exprimée pour l'exposé au jury de type *Canute*, le présent pourvoi est un bon exemple du type d'affaire où il aurait été indiqué de procéder à un exposé en deux temps où l'on aurait mentionné, notamment, la capacité de l'appelant de former l'intention. La défense a fait comparaître un spécialiste judiciaire en matière d'alcool pour éclairer le jury, à titre de témoin expert, sur la façon dont l'alcool agit sur le corps humain et sur les effets physiologiques qu'il a sur le cerveau. L'expert a témoigné que l'alcool peut perturber le traitement de l'information et la transmission des signaux dans le cerveau. Cela peut, à son tour, amener une personne à avoir une fausse perception de la situation. Le témoin a affirmé: [TRADUCTION] «À ce moment, les personnes sont incapables de prévoir et d'évaluer les conséquences de leur comportement en raison de la perturbation, provoquée par l'alcool, du traitement de l'information dans le cerveau.» (Je souligne.) L'avocat de la défense a continué dans la même veine en lui demandant si la recherche montre à quel niveau cette incapacité commence. Par conséquent, comme l'expert a témoigné en termes de «capacité», il s'agissait d'un cas où un exposé en deux temps aurait été utile au jury.

Un autre facteur qui milite en faveur du recours à un exposé en deux temps est le fait que l'appelant a soutenu, pour sa défense, qu'au moment pertinent il était foncièrement incapable de fonctionner adéquatement et qu'il était incapable de comprendre les conséquences de ses actes à cause de sa consommation d'une grande quantité d'alcool. Après l'exposé du juge du procès au jury, l'avocat de la défense a demandé expressément de

the *MacKinlay* case, *supra*, stressing the need for the jury to determine whether the accused had the ability to measure and foresee the consequences of his actions. In *Robinson* it was indicated that where the defence makes a specific request for a “capacity” charge it would be appropriate for the trial judge to employ the two-stage instruction. Therefore, in light of the primary reliance by the appellant on a defence of incapacity to form the requisite intent, as well as the use of “capacity” language by the expert witness, this was a case where a two-step charge given along the lines suggested in *Robinson*, at para. 54, would have been preferable.

The Recharge

After deliberating at some length, the jury returned with the following question:

Intent, clarification please? What is drunken intent? What is intent, defined? . . .

The trial judge repeated his earlier instructions on this issue and then added:

You should consider the effect of intoxication along with the other facts in deciding whether the accused intended to inflict an injury on the victim which he knew was likely to cause death or whether intoxication affected his ability to foresee the consequences of his actions.

Counsel for the appellant argued that this would indicate to the jury that, if they considered that the accused had the ability to foresee the consequences of his actions, he must be taken to have in fact foreseen them and thus to have known that his actions were likely to cause death or grievous bodily harm. I agree with this submission. If this direction were accepted as correct it would mean that the accused could be convicted in circumstances where there exists a reasonable doubt as to the proof of an essential element of that offence; in this case, the requisite intent. While the trial judge was correct to include in his recharge the issue of the appellant’s ability to measure or foresee the consequences of his act, he erred in failing to

l’étouffer pour qu’il comprenne une portion de l’arrêt *MacKinlay*, précité, soulignant la nécessité pour le jury de déterminer si l’accusé avait la capacité d’évaluer et de prévoir les conséquences de ses actes. Dans l’arrêt *Robinson*, on a indiqué que, lorsque la défense demande expressément des directives portant sur la «capacité», il serait indiqué que le juge du procès procède à l’exposé en deux temps. Par conséquent, compte tenu du fait que l’appelant invoquait principalement comme moyen de défense l’incapacité de former l’intention requise, et du fait que le témoin expert a mentionné la «capacité», il s’agissait d’un cas où il aurait été préférable de procéder à un exposé en deux temps du genre proposé dans l’arrêt *Robinson*, au par. 54.

Le nouvel exposé

Après avoir délibéré pendant un certain temps, le jury est revenu poser les questions suivantes:

[TRADUCTION] Intention, précisions s’il-vous-plaît? Qu’est-ce que l’intention formée par une personne ivre? Qu’est-ce que l’intention, définie? . . .

Le juge du procès a réitéré ses directives antérieures sur ce point, ajoutant:

[TRADUCTION] Vous devriez prendre en considération l’effet de l’intoxication de même que les autres faits pour décider si l’accusé avait l’intention de causer à la victime des lésions corporelles qu’il savait de nature à causer sa mort, ou si l’intoxication a affecté sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes.

L’avocat de l’appelant a prétendu que cela indiquait au jury que, s’il considérait que l’accusé avait la capacité de prévoir les conséquences de ses actes, il fallait considérer qu’il les avait effectivement prévues et qu’il savait donc que ses actes étaient de nature à causer la mort ou de graves lésions corporelles. Je suis d’accord avec cet argument. Si cette directive était jugée correcte, cela signifierait que l’accusé pourrait être déclaré coupable dans des circonstances où il existerait un doute raisonnable quant à la preuve d’un élément essentiel de l’infraction reprochée, en l’occurrence, l’intention requise. Même si le juge du procès a eu raison d’inclure, dans son nouvel exposé, la question de la capacité de l’appelant d’évaluer ou de

remind the jury that the ultimate issue for its determination was whether the appellant actually intended to cause bodily harm which he knew would be likely to cause death.

prévoir les conséquences de ses actes, il a commis une erreur en ne rappelant pas au jury que la question qu'il devait trancher, en définitive, était de savoir si l'appelant avait réellement voulu causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort.

30

Greater weight and significance must be attached to this error, as it was made in the course of responding to the jury's question. A question indicates and emphasizes the area in which a jury is experiencing difficulty and requires assistance. In *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at p. 530, it was held that where a jury asks a question, "[n]o matter how exemplary the original charge may have been, it is essential that the recharge on the issue presented by the question be correct and comprehensive". It was stated (at pp. 530-31):

If an error is made, then as a general rule, the correctness of the original charge cannot be used to excuse the subsequent error on the very issue upon which the jury seeks clarification. It would be irrational to conclude that although the trial judge has erred on a recharge on the very point on which the jury had been confused or forgetful, the mistake is of little consequence because some time ago a correct charge was given. . . . When the jury submits a question it must be assumed that the jurors have forgotten the original instructions or are in a state of confusion on the issue. Their subsequent deliberations will be based on the answer given to their question. That is why the recharge must be correct and why a faultless original charge cannot as a rule rectify a significant mistake made on the recharge.

Cette erreur est d'autant plus importante qu'elle a été commise en répondant à une question du jury. Une question indique et souligne le domaine dans lequel le jury éprouve des difficultés et a besoin d'aide. Dans l'arrêt *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, à la p. 530, on a conclu que, lorsqu'un jury pose une question, «[q]uelque exemplaire qu'ait pu être l'exposé original, il est essentiel que l'exposé supplémentaire sur le point soulevé par la question soit correct et complet». On affirme, aux pp. 530 et 531:

Si une erreur est commise, alors en règle générale, on ne peut recourir au fait que l'exposé original était correct pour excuser une erreur subséquente sur la question même au sujet de laquelle le jury demande des précisions. Il ne serait pas logique de conclure que, bien que le juge du procès ait commis une erreur à l'occasion d'un exposé supplémentaire sur le point même qui créait la confusion chez le jury ou que celui-ci avait oublié, l'erreur n'est pas très grave parce que des directives correctes ont été données quelque temps auparavant. [. . .] Lorsque le jury pose une question, il faut supposer que les jurés ont oublié les directives originales ou ressentent une certaine confusion relativement à la question. Leurs délibérations subséquentes se fonderont sur la réponse donnée à leur question. C'est la raison pour laquelle l'exposé supplémentaire doit être correct et pourquoi un exposé original sans faute ne peut pas, en principe, corriger une erreur importante faite dans l'exposé supplémentaire.

This principle has been adopted by the Court in other decisions. In *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, Lamer C.J. stated, at p. 139, that: "Answers to questions from the jury are extremely important, and carry influence far exceeding instructions given in the main charge." Similarly, in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at p. 15, Lamer C.J. again wrote that where a question is posed by the jury, "[t]he question will generally relate to an important point in the jury's reasoning, so that any error the judge

Ce principe a été adopté par notre Cour dans d'autres arrêts. Dans *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, le juge en chef Lamer dit, à la p. 139, que: «[l]es réponses aux questions du jury revêtent une importance capitale, et leur effet dépasse de loin celui des directives principales». De même, dans *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, à la p. 15, le juge en chef Lamer affirme de nouveau que, lorsqu'une question est posée par le jury, «[l]a question porte généralement sur un point important du raisonne-

may make in answering it becomes all the more damaging”.

In the case at bar, the trial judge’s recharge was necessitated by the jury’s question which sought clarification on the central issue of the intent required for murder. Moreover, the jury had retired at 11:35 a.m. the day before to commence their deliberations and were not recharged until the following day at 10:50 a.m. This very significant time lapse clearly indicates that even if the original charge had been error-free it would no longer have been fresh in the jurors’ minds. It was essential that the question be answered completely and correctly. In my view, the error made in the recharge is such that a new trial is required.

Common Sense Inference

The trial judge instructed the jury on the common sense inference in the following terms:

It can be difficult to decide what someone intends to do because intention is really a state of mind. We cannot see inside the minds of people to decide whether or not they intend to do things. However, your common sense will tell you that people normally intend the natural consequences of their actions.

After providing an example to illustrate how the inference operates, the trial judge then related it to this case and continued:

If you decide that the victim’s death would be a natural consequence of the accused’s actions, you are entitled to conclude the accused intended to kill Nora Seymour by those actions. However, you are not required to make this conclusion. You may decide the accused did not intend to kill Nora Seymour even though her death was the natural consequence of his action. In the end you will have to consider all the surrounding circumstances, including what the accused said and did in order to decide whether the Crown has proved that he did in fact mean to cause the death of Nora Seymour.

The trial judge then went on to explain to the jury that if it had a reasonable doubt as to whether

ment du jury, ce qui rend encore plus dommageable toute erreur que le juge peut faire en y répondant».

En l’espèce, le nouvel exposé du juge du procès a été rendu nécessaire par la demande de précisions du jury sur la question cruciale de l’intention requise pour commettre un meurtre. De plus, le jury s’était retiré à 11 h 35, la veille, pour entreprendre ses délibérations, et il n’a obtenu le nouvel exposé qu’à 10 h 50, le lendemain. Ce délai très important indique clairement que, même si l’exposé initial n’avait comporté aucune erreur, il n’était plus frais à l’esprit des jurés. Il était essentiel que la question reçoive une réponse complète et exacte. À mon avis, l’erreur commise dans le nouvel exposé est de nature à justifier la tenue d’un nouveau procès.

La déduction conforme au bon sens

Le juge du procès a donné au jury les directives suivantes sur la déduction conforme au bon sens:

[TRADUCTION] Il peut être difficile de déterminer ce que quelqu’un veut faire parce que l’intention est vraiment un état d’esprit. Nous ne pouvons lire les pensées des gens pour décider s’ils ont l’intention de faire des choses. Toutefois, le bon sens vous dira que des gens veulent normalement les conséquences naturelles de leurs actes.

Après avoir donné un exemple pour illustrer l’effet de la déduction, le juge du procès l’a rattachée à la présente affaire et a poursuivi:

[TRADUCTION] Si vous décidez que le décès de la victime était une conséquence naturelle des actes de l’accusé, vous pouvez conclure qu’il avait l’intention de tuer Nora Seymour en accomplissant ces actes. Toutefois, vous n’êtes pas tenus de tirer cette conclusion. Vous pouvez décider que l’accusé n’avait pas l’intention de tuer Nora Seymour même si son décès était la conséquence naturelle de ses actes. En fin de compte, il vous faudra considérer toutes les circonstances de l’affaire, y compris ce que l’accusé a dit et fait, pour décider si le ministère public a prouvé que l’accusé a effectivement voulu causer la mort de Nora Seymour.

Le juge du procès a ensuite expliqué au jury que, s’il avait un doute raisonnable quant à savoir

31

32

33

34

the accused actually intended to kill his wife, it would still have to consider whether the Crown had satisfied s. 229(a)(ii); namely, whether the accused meant to cause bodily harm which he knew was likely to cause death and was reckless whether or not death ensued. In relating the common sense inference to this second method of committing the offence, the trial judge largely repeated his earlier instructions. He charged the jury that while it was entitled to draw the inference it was not required to do so. He stated that, “[i]n the end you should look at all the surrounding circumstances in order to decide whether the accused actually intended to cause bodily harm”. The fact that the appellant was intoxicated at the time was never referred to as part of the surrounding circumstances to be taken into account.

35 Following these instructions on the common sense inference, which omitted any reference to the evidence of intoxication, the trial judge summarized his remarks on the element of intention. He then reviewed the evidence which the jury might wish to consider in deciding whether or not the accused had the requisite intention. This included the relationship between the accused and the deceased, the events of the day in question, the evidence of the witnesses, the nature and extent of the wounds, as well as statements made by the appellant following the commission of the offence. Once again, in this list of pertinent factors to be considered by the jury, no reference was made to the evidence pertaining to the appellant’s intoxication. The trial judge then charged the jury with respect to the elements of the offence of manslaughter. It was only after all of these intervening instructions that the trial judge referred to the evidence of intoxication:

I turn now to the defence of intoxication. Before you decide whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt that he, the accused person, is guilty of second degree murder you must consider the defence of intoxication.

si l’accusé avait réellement voulu tuer son épouse, il lui faudrait encore se demander si le ministère public a satisfait aux exigences du sous-al. 229a)(ii) en établissant que l’accusé avait l’intention de causer des lésions corporelles qu’il savait de nature à causer la mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. En rattachant la déduction conforme au bon sens à cette deuxième façon de commettre l’infraction, le juge du procès a, dans une large mesure, réitéré ses directives antérieures. Il a dit au jury que, même s’il avait le droit de faire la déduction, il n’était pas tenu de la faire. Il a dit qu’[TRADUCTION] «[e]n fin de compte, vous devriez considérer toutes les circonstances de l’affaire pour décider si l’accusé a réellement voulu causer des lésions corporelles». Le fait que l’appellant était ivre au moment pertinent n’a jamais été décrit comme faisant partie des circonstances de l’affaire dont il fallait tenir compte.

Après ces directives sur la déduction conforme au bon sens, qui ne contenaient aucune mention de la preuve d’intoxication, le juge du procès a résumé ses observations sur l’élément de l’intention. Il a alors passé en revue les éléments de preuve que le jury pourrait vouloir examiner afin de décider si l’accusé avait l’intention requise. Ces éléments incluaient la relation entre l’accusé et la victime, les événements de la journée en cause, les dépositions des témoins, la nature et l’étendue des blessures, de même que les déclarations faites par l’appellant après la perpétration de l’infraction. Encore là, cette liste de facteurs pertinents devant être pris en considération par le jury ne comportait aucune mention de la preuve relative à l’intoxication de l’appellant. Le juge du procès a ensuite donné au jury des directives sur les éléments de l’infraction d’homicide involontaire coupable. Ce n’est qu’après avoir donné toutes ces directives que le juge du procès a mentionné la preuve d’intoxication:

[TRADUCTION] Je passe maintenant au moyen de défense fondé sur l’intoxication. Avant de décider si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’accusé est coupable de meurtre au deuxième degré, vous devrez examiner le moyen de défense fondé sur l’intoxication.

In the course of his ensuing discussion on the evidence of intoxication no further reference was made to the significance it could have in a consideration of the common sense inference. At no time was the critical connection made between the inference and the possible effect upon it of the evidence of intoxication as required by *Robinson*. In responding to the jury's question requesting clarification on intent, the trial judge again failed to link the inference to the evidence of intoxication.

The failure of the trial judge to make the necessary connection may well have led the jury to find that there was proof of intent through reliance on the common sense inference, without having considered the impact of intoxication on the drawing of such an inference. Accordingly, I find that the absence of this required link in the instructions to the jury also requires that a new trial be directed. This error, when added to that made in the recharge and the failure to employ, in the circumstances of this case, the two-step *MacKinlay* charge, all combine to make the holding of a new trial essential.

Disposition

In the result the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside and a new trial is directed.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Morahan & Aujla, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Dans l'analyse qu'il a ensuite faite de la preuve d'intoxication, aucune autre mention n'a été faite de l'importance que celle-ci pouvait avoir dans l'examen de la déduction conforme au bon sens. À aucun moment n'a-t-on établi l'existence du lien critique entre cette déduction et l'effet que pouvait avoir sur elle la preuve d'intoxication, comme l'exige l'arrêt *Robinson*. Lorsqu'il a répondu à la demande de précisions du jury sur la question de l'intention, le juge du procès a encore là omis de rattacher la déduction à la preuve d'intoxication.

L'omission du juge du procès d'établir le lien nécessaire peut bien avoir amené le jury à conclure qu'il y avait une preuve d'intention en se fondant sur la déduction conforme au bon sens, sans avoir examiné l'effet de l'intoxication sur une telle déduction. Par conséquent, je conclus que l'absence de ce lien nécessaire, dans les directives au jury, commande également la tenue d'un nouveau procès. Cette erreur, ajoutée à celle commise dans le nouvel exposé et à l'omission de recourir, dans les circonstances de la présente affaire, à l'exposé en deux temps de type *MacKinlay*, fait en sorte qu'il est essentiel de tenir un nouveau procès.

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.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Morahan & Aujla, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Dale Maurice Hebert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HEBERT

File No.: 24840.

1996: April 25; 1996: May 30.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Self-defence — Accused charged with aggravated assault of his father — Trial judge's charge to jury with respect to self-defence containing serious errors of law — Whether accused's conviction should stand — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with aggravated assault of his father. At the time of the incident, the accused was a fit 30-year-old weighing 136 pounds, while his father was a frail, asthmatic, 75-year-old who had consumed a good deal of alcohol. The accused stated that he did not assault his father but rather attempted to protect himself from punches and his father's attempt to hit him with a fish club. He said that in the course of protecting himself he pushed his father on two occasions in such a manner that he fell down. His father testified that he did nothing to provoke the assault and that his son punched him several times. Although the only section of the *Criminal Code* really pertinent to the case was s. 34(1), the trial judge instructed the jury with regard to ss. 26, 27, 34(1), 34(2) and 37(1). The jury then asked the trial judge: "If [the accused] is seen guilty of using excessive force in self-defence, would he be found guilty of aggravated assault?" The trial judge replied that "excessive force does take away self-defence and so I will leave it at that". The accused was convicted. The Court of Appeal was unanimous in concluding that ss. 26, 27, 34(2) and 37(1) should not have been put to the jury, but the majority applied s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and upheld the conviction.

Held: The appeal should be allowed.

Dale Maurice Hebert *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HEBERT

N° du greffe: 24840.

1996: 25 avril; 1996: 30 mai.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Légitime défense — Accusé inculpé de voies de fait graves contre son père — Erreurs de droit graves dans l'exposé du juge du procès au jury concernant la légitime défense — La déclaration de culpabilité de l'accusé devrait-elle être maintenue — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculpé de voies de fait graves contre son père. Au moment de l'incident, l'accusé était un homme en bonne santé, âgé de 30 ans, pesant 136 livres, alors que son père était un homme frêle, asthmatique, de 75 ans, qui avait bu beaucoup d'alcool. L'appelant a dit qu'il n'a pas attaqué son père, mais qu'il a plutôt tenté de se protéger de ses coups de poing et de ses tentatives de le frapper avec un bâton. Il a dit avoir poussé son père deux fois pour se protéger, de sorte que celui-ci est tombé. Le père a témoigné qu'il n'a rien fait pour provoquer l'attaque et que son fils lui a donné plusieurs coups de poing. Bien que la seule disposition réellement pertinente du *Code criminel* en l'espèce ait été le par. 34(1), le juge du procès a donné au jury des directives relativement aux art. 26 et 27 ainsi qu'aux par. 34(1), 34(2) et 37(1). Le jury a ensuite demandé au juge du procès: «Si [l'accusé] est considéré coupable d'avoir employé un excès de force en légitime défense, serait-il reconnu coupable de voies de fait graves?» Le juge du procès a répondu: «un excès de force écarte la légitime défense, et je n'ajouterai rien de plus». L'accusé a été reconnu coupable. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité qu'il n'était pas nécessaire de soumettre au jury les art. 26 et 27 et les par. 34(2) et 37(1), mais la majorité a appliqué le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* et confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The trial judge made several serious errors in his charge. The charge was so unnecessarily confusing that it constituted an error of law. Sections 25 to 31 of the *Code* are preceded by the heading "Protection of Persons Administering and Enforcing the Law", and are aimed at law enforcement officers and the extent to which they may use force in the course of their duties. Section 26 imposes criminal responsibility on those authorized by law to use force, and was thus clearly inapplicable to the facts of this case. While s. 27, which justifies the use of force which is reasonably necessary to prevent the commission of an offence, is of general application, it is clearly designed to permit an innocent bystander to use force to prevent an offence from occurring and is also inapplicable. In dealing with s. 37 of the *Code*, the trial judge failed to instruct the jury that this provision, like s. 34, was equally applicable to the accused's defence. Instead, the trial judge seems to have applied s. 37 exclusively to an assessment of the complainant's conduct. The response to the jury's question was incorrect and misleading. Since there was no air of reality to the defence put forward by the accused pursuant to s. 34(2), this provision should never have been left with the jury. Once it was left for the jury's consideration, however, the trial judge was obliged to charge them correctly that under s. 34(2), the use of excessive force by the accused will not take away self-defence. It would also have been appropriate for the trial judge to review for the jury what is encompassed in the term "excessive force" when viewed in the context of self-defence. Specifically, he should have referred the jury to the principle that an accused facing an upraised weapon cannot be expected to weigh with nicety the exact measure of responsive force. These errors must be viewed seriously as they were made during the trial judge's recharge, which was required to clarify what was already a source of confusion for the jurors. Section 686(1)(b)(iii) is not applicable here and a new trial should be ordered.

Cases Cited

Referred to: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190; *R. v. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R.*

Le juge du procès a commis plusieurs erreurs de droit graves. L'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit. Les articles 25 à 31 du *Code* se trouvent sous la rubrique «Protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi»; ils visent les agents chargés de l'exécution de la loi et déterminent la mesure dans laquelle ils peuvent employer la force dans l'exercice de leurs fonctions. L'article 26 impose une responsabilité criminelle à ceux que la loi autorise à employer la force et il est évident qu'il ne s'appliquait pas aux faits de la présente affaire. Bien que l'art. 27, qui justifie l'emploi de la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction, soit d'application générale, il vise nettement à permettre à un passant d'employer la force pour empêcher la perpétration d'une infraction, et il est également évident qu'il ne s'applique pas. En traitant de l'art. 37 du *Code*, le juge du procès n'a pas dit au jury que cette disposition, comme l'art. 34, s'appliquait également à la défense de l'appelant. Il semble avoir plutôt appliqué l'art. 37 exclusivement à une appréciation de la conduite du plaignant. La réponse à la question du jury était incorrecte et trompeuse. Puisque le moyen de défense avancé par l'appelant en application du par. 34(2) n'avait aucune vraisemblance, ce paragraphe n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury. Cependant, puisqu'il l'a été, le juge du procès était obligé de donner au jury des directives appropriées selon lesquelles, en vertu de ce paragraphe, l'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte pas la légitime défense. Il aurait également été approprié que le juge du procès examine, au bénéfice du jury, ce que comprend l'expression «excès de force» dans le contexte de la légitime défense. Plus précisément, il aurait dû mentionner au jury le principe qu'on ne peut pas s'attendre à ce qu'un accusé faisant face à une arme menaçante apprécie avec exactitude la mesure de la force à y opposer. Ces erreurs doivent être considérées comme graves, car elles sont survenues pendant l'exposé supplémentaire qu'a dû faire le juge du procès pour clarifier ce qui était déjà une source de confusion pour les jurés. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) ne s'applique pas en l'espèce et il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190; *R. c. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C.

v. W. (D.), [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 25, 26, 27, 34(1), 34(2), 37, 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 60 B.C.A.C. 299, 99 W.A.C. 299, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of aggravated assault. Appeal allowed.

Joseph J. Blazina, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — In this case, it was necessary for the trial judge to instruct the jury with regard to an aspect of self-defence. The unsatisfactory manner in which that was done gave rise to this appeal.

Factual Background

² At the time of the incident, the appellant was a fit young man 30 years of age weighing 136 pounds. His antagonist was his father, a frail, asthmatic, 75-year-old who had consumed a good deal of alcohol. The father received bruises and abrasions to the left side of his face, the right side of his face, the bridge of his nose and severe bruising of his sternum. Both forearms were injured as well. The appellant stated that he did not assault his father but rather attempted to protect himself from punches and his father's attempt to hit him with a fish club. He said that in the course of protecting himself he pushed his father on two occasions in such a manner that he fell down. His father testified that he did nothing to provoke the assault and that his son punched him several times. Although the only section really pertinent to the case was s. 34(1), the trial judge instructed the jury with regard to ss. 26, 27, 34(1), 34(2) and 37(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. A reading of the instructions on the sections leads to the

(2d) 96; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 25, 26, 27, 34(1), 34(2), 37, 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 60 B.C.A.C. 299, 99 W.A.C. 299, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa condamnation pour voies de fait graves. Pourvoi accueilli.

Joseph J. Blazina, pour l'appellant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — En l'espèce, le juge du procès devait donner au jury des directives sur un aspect de la légitime défense. La façon insatisfaisante dont il l'a fait a donné lieu au présent pourvoi.

Les faits

Au moment de l'incident, l'appellant était un homme en bonne santé, âgé de 30 ans, pesant 136 livres. Son adversaire était son père, un homme frêle, asthmatique, de 75 ans, qui avait bu beaucoup d'alcool. Le père a subi des contusions et des lésions cutanées des deux côtés de la figure et à la voûte nasale et des contusions graves au sternum. Il a également subi des blessures aux deux avant-bras. L'appellant a dit qu'il n'a pas attaqué son père, mais qu'il a plutôt tenté de se protéger des coups de poing de son père et de ses tentatives de le frapper avec un bâton. Il a dit avoir poussé son père deux fois pour se protéger, de sorte que celui-ci est tombé. Le père a témoigné qu'il n'a rien fait pour provoquer l'attaque et que son fils lui a donné plusieurs coups de poing. Bien que la seule disposition réellement pertinente en l'espèce ait été le par. 34(1), le juge du procès a donné au jury des directives relativement aux art. 26 et 27 ainsi qu'aux par. 34(1), 34(2) et 37(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. c-46. Une lecture des directives

inevitable conclusion that the jury must have been hopelessly confused. Those sections provide as follows:

26. Every one who is authorized by law to use force is criminally responsible for any excess thereof according to the nature and quality of the act that constitutes the excess.

27. Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary

(a) to prevent the commission of an offence

(i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and

(ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone; or

(b) to prevent anything being done that, on reasonable grounds, he believes would, if it were done, be an offence mentioned in paragraph (a).

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

(b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

37. (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

sur les articles mène inévitablement à la conclusion que le jury a dû être irrémédiablement dérouter. Voici le libellé de ces dispositions:

26. Quiconque est autorisé par la loi à employer la force est criminellement responsable de tout excès de force, selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès.

27. Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire:

a) pour empêcher la perpétration d'une infraction:

(i) d'une part, pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat,

(ii) d'autre part, qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne;

b) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa a).

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

37. (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

3 The confusion of the jury was apparent from the question which they presented to the trial judge.

If Dale is seen guilty of using excessive force in self-defence, would he be found guilty of aggravated assault?

The trial judge replied that "excessive force does take away self-defence and so I will leave it at that". The accused was convicted and an appeal was brought.

4 The British Columbia Court of Appeal ((1995), 60 B.C.A.C. 299) was unanimous in concluding that it was unnecessary to put to the jury ss. 26 and 27, which appear under the heading "Protection of Persons Administering and Enforcing the Law", and s. 37. The Court of Appeal was also in agreement that no air of reality could be attached to s. 34(2). The appellant could not have been under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the assault he alleges his father made upon him. Nor could he have believed on reasonable grounds that he could not preserve himself from death or grievous bodily harm without causing grievous bodily harm to his father.

5 The majority however applied s. 686(1)(b)(iii) and confirmed the conviction. Finch J.A., for the minority, found that s. 686(1)(b)(iii) could not be applied and would have ordered a new trial.

Reasons for Disposition

6 I am in substantial agreement with the conclusions of Finch J.A., although as will be seen I differ from some of his comments.

7 Like Finch J.A., I am of the view that s. 686(1)(b)(iii) is not applicable in the situation presented by this case. In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, it was held that once it has been determined that an error in law has occurred at trial, then the onus is upon the Crown to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if the error had not been made. See also

La confusion dans l'esprit du jury ressort de la question qu'il a présentée au juge du procès.

[TRADUCTION] Si Dale est considéré coupable d'avoir employé un excès de force en légitime défense, serait-il reconnu coupable de voies de fait graves?

Le juge du procès a répondu: [TRADUCTION] «un excès de force écarte la légitime défense, et je n'ajouterais rien de plus». L'accusé a été reconnu coupable et il a interjeté appel.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1995), 60 B.C.A.C. 299) a conclu à l'unanimité qu'il n'était pas nécessaire de soumettre au jury les art. 26 et 27, qui figurent sous la rubrique «Protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi», et l'art. 37. La Cour d'appel a également reconnu qu'il n'y avait aucune vraisemblance relativement au par. 34(2). L'appellant n'a pu avoir de motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou une lésion corporelle grave ne résulte de l'attaque dont il allègue avoir été la victime aux mains de son père. Et il n'a pu avoir de motifs raisonnables de croire qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves sans causer des lésions corporelles graves à son père.

La majorité a cependant appliqué le sous-al. 686(1)(b)(iii) et confirmé la déclaration de culpabilité. Le juge Finch, minoritaire, a conclu que le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne pouvait être appliqué et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Motifs de la décision

Je suis d'accord avec les conclusions du juge Finch pour l'essentiel, mais, comme on le verra, je ne suis pas d'accord avec certains de ses commentaires.

Comme le juge Finch, je suis d'avis que le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'applique pas dans la situation en l'espèce. L'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, a statué que, lorsqu'il est établi qu'une erreur de droit a été commise au procès, il incombe au ministère public de convaincre la cour que le verdict aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise. Voir également *R. c.*

R. v. B. (F.F.), [1993] 1 S.C.R. 697, and *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909.

In this case, there were several serious errors in law. First the charge was so unnecessarily confusing that it constituted an error of law.

Sections 25 to 31 of the *Criminal Code* are preceded by the heading "Protection of Persons Administering and Enforcing the Law". These sections are aimed primarily at law enforcement officers and the extent to which they may use force in the course of their duties. Section 26 imposes criminal responsibility on those authorized by law to use force if the force used is excessive. It should be read with s. 25. That section applies to "[e]very one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law (a) as a private person [as in the situation of a citizen's arrest], (b) as a peace officer or public officer, (c) in aid of a peace officer or public officer, or (d) by virtue of his office . . .". Section 26 then follows with an explanation as to the extent to which those coming within s. 25 may use force. The appellant in the instant case was not required, nor authorized by law, to use force in any manner. Therefore, s. 26 was clearly inapplicable to the facts of this case.

Similarly, s. 27 justifies the use of force which is reasonably necessary to prevent the commission of an offence. This section is of general application and the person asserting the justification need not be a peace or public officer or a member of a restricted class of persons. However, the section is clearly designed to permit an innocent bystander, who witnesses an offence being or about to be committed, to use force to prevent the offence from occurring. It would make no sense to classify a personal assault as the commission of an offence which triggers the use of s. 27. If this were the case, ss. 34 and 37 would be redundant. It obviously makes more sense to fit that sort of conduct

B. (F.F.), [1993] 1 R.C.S. 697, et *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909.

En l'espèce, plusieurs erreurs de droit graves ont été commises. Premièrement, l'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit.

Les articles 25 à 31 du *Code criminel* se trouvent sous la rubrique «Protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi». Ces articles s'appliquent aux agents chargés de l'exécution de la loi et déterminent la mesure dans laquelle ceux-ci peuvent employer la force dans l'exercice de leurs fonctions. L'article 26 impose une responsabilité criminelle à ceux que la loi autorise à employer la force. Il doit être lu avec l'art. 25. Cet article s'applique à «[q]uiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi: a) soit à titre de particulier [comme dans le cas d'une arrestation par un simple citoyen]; b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public; c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public; d) soit en raison de ses fonctions . . .». Suit alors l'art. 26, qui explique l'étendue de la force que peuvent employer les personnes visées par l'art. 25. En l'espèce, l'appelant n'était d'aucune manière obligé ou autorisé par la loi à employer la force. Il est par conséquent évident que l'art. 26 ne s'appliquait pas aux faits de la présente affaire.

De même, l'art. 27 justifie l'emploi de la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction. C'est un article d'application générale et il n'est pas nécessaire que la personne qui invoque la justification soit un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ou un membre d'une catégorie restreinte de personnes. Cependant, cet article vise nettement à permettre à un passant qui constate qu'une infraction est en train d'être commise ou sur le point de l'être d'employer la force pour en empêcher la perpétration. Placer une attaque personnelle dans la catégorie des infractions dont la perpétration déclenche l'application de l'art. 27 n'aurait aucun sens. Les articles 34 et 37 seraient alors redondants. Il est évidemment plus sensé que ce genre de conduite

8

9

10

under the part of the *Code* headed "Defence of Person", which includes ss. 34 to 37.

11 The trial judge gave the jury copies of what he believed to be the relevant *Code* provisions, including ss. 26 and 27. He also explained these sections to the jury at some length. The jury were instructed that, if they had a reasonable doubt that the complainant tried to hit the appellant with the fish club, then s. 26 was "brought into play". The trial judge told the jury to consider whether the son's response was excessive in all the circumstances. "Excess" is used in s. 26 only and does not appear in ss. 34 and 37(1). The fact that the jury asked a question pertaining to the notion of "excessive force" shows that they were obviously concerned with the instructions given in relation to s. 26. They had perhaps erroneously gathered that this section set the standard for all the self-defence provisions.

12 In dealing with s. 27 of the *Code*, the trial judge interpreted "the commission of an offence" as applying to an unlawful assault. While it is correct that an unlawful assault is an offence, the trial judge failed to put s. 27 in its proper context, as applying to force used in general law enforcement. This then led the trial judge into an involved discussion as to whether the complainant was, in fact, committing an offence, such that the appellant was justified in using force to prevent it. The trial judge instructed the jury that if the father was committing an assault on his son and was not justified by self-defence then they should conclude that the father could have been arrested without a warrant for what he was doing. This convoluted explanation was the only way that the trial judge could fit the facts of the case within the logic of the language of s. 27, a section which should never have been considered.

13 Finch J.A. agreed with the majority that the references to these sections were unnecessary, inappropriate and confusing and went further to find that, "[i]n troubling the jury with the irrelevant

relève de la partie du *Code* intitulée «Défense de la personne», dans laquelle se trouvent les art. 34 à 37.

Le juge du procès a remis au jury le texte ce qu'il a croyait être les dispositions pertinentes du *Code*, y compris les art. 26 et 27. Il a également expliqué ces articles au jury de façon assez détaillée. Le jury a reçu comme directive que, s'il croyait raisonnablement que le plaignant avait essayé de frapper l'appelant avec le bâton, alors l'application de l'art. 26 était [TRADUCTION] «déclenchée». Le juge du procès a dit au jury de se demander si la réplique du fils était excessive, compte tenu de toutes les circonstances. Le mot «excès» n'est employé qu'à l'art. 26; il ne figure ni à l'art. 34 ni au par. 37(1). Le fait que le jury a posé une question sur la notion d'«excès de force» montre qu'il était de toute évidence préoccupé face aux directives données relativement à l'art. 26. Il avait peut-être l'impression erronée que cet article fixait la norme pour toutes les dispositions relatives à la légitime défense.

Traitant de l'art. 27 du *Code*, le juge du procès a interprété «la perpétration d'une infraction» comme s'appliquant à une attaque injustifiée. Il est exact qu'une attaque injustifiée est une infraction, mais le juge du procès n'a pas placé l'art. 27 dans son véritable contexte, savoir qu'il s'applique à la force employée dans l'exécution générale de la loi. Cela a amené le juge à faire une analyse compliquée quant à savoir si le plaignant était, en fait, en train de commettre une infraction, de sorte que l'appelant était justifié d'employer la force pour l'en empêcher. Le juge du procès a dit au jury que, si le père était en train de commettre contre son fils une attaque non justifiée par la légitime défense, il devait alors conclure que le père aurait pu être arrêté sans mandat pour ce qu'il était en train de faire. Cette interprétation sinueuse était la seule façon par laquelle le juge du procès pouvait faire cadrer les faits de l'affaire dans la logique de l'art. 27, un article qui n'aurait jamais dû être examiné.

Le juge Finch a convenu avec la majorité que les renvois à ces articles étaient inutiles, inappropriés et créaient de la confusion, et il a conclu que, [TRADUCTION] «[en] déroutant le jury avec les com-

complexities of these sections, the charge may very well have diverted the jury from a proper consideration of the real self-defence available, namely the provision of s. 34(1)” (pp. 308-9). I agree with this assessment.

In dealing with s. 37 of the *Code*, the trial judge failed to instruct the jury that this provision, like s. 34, was equally applicable to the appellant’s defence. The jury should have been told that if they believed, or had a reasonable doubt, that the appellant was preventing an assault by his father, s. 37(1) could provide an alternative basis for the appellant’s defence. Instead, the trial judge seems to have applied s. 37(1) exclusively to an assessment of the complainant’s conduct. After reading the provision to the jury, the trial judge stated:

If the father did use his fists or the fish club but you find beyond a reasonable doubt that whatever he did was simply to defend himself from assault by his son, and that what he did was no more than was necessary to try to prevent assault by his son or a repetition of it, then the father was not committing an offence. The father was in the self-defence position in those circumstances . . . You’ve got to decide whether the father was committing an offence and, in arriving at a decision on that, you have to decide whether the father was acting in self-defence under section 37, or as described by section 37, in which case he was not committing an offence because he was justified . . . in doing what he did. [Emphasis added.]

Unfortunately, the trial judge erroneously interpreted s. 34(2) as a provision which could justify the accused’s actions, while s. 37 was explained as a provision for the benefit of the complainant. The father was not on trial. In fact, at no time in his evidence did the father suggest he tried to defend himself by using force to repel his son’s attacks. He simply testified that the appellant attacked him. Therefore, the trial judge was wrong to confuse the jury by diverting their attention away from the appellant’s conduct and the factors relevant to the defence available pursuant to s. 34(1), to a consideration of the complainant’s actions. As Lamer

plexités non pertinentes de ces articles, l’exposé a très bien pu le détourner de l’examen requis de la véritable légitime défense qui pouvait être invoquée, savoir celle prévue au par. 34(1)» (pp. 308 et 309). Je suis d’accord avec cette façon de voir.

En traitant de l’art. 37 du *Code*, le juge du procès n’a pas dit au jury que cette disposition, comme l’art. 34, s’appliquait également à la défense de l’appelant. Il aurait fallu dire au jury que, s’il croyait, ou avait un motif raisonnable de croire, que l’appelant prévenait une attaque de la part de son père, le par. 37(1) pouvait fournir un moyen de défense subsidiaire à l’appelant. Le juge du procès semble avoir plutôt appliqué le par. 37(1) exclusivement à une appréciation de la conduite du plaignant. Après avoir lu la disposition au jury, il a dit:

[TRADUCTION] Si le père s’est servi de ses poings ou du bâton mais si vous concluez hors de tout doute raisonnable que tout ce qu’il faisait était de se défendre contre l’attaque de son fils, et qu’il n’a rien fait de plus que ce qui était nécessaire pour essayer de prévenir l’attaque de la part de son fils, ou sa répétition, alors, le père n’était pas en train de commettre une infraction. Dans ces circonstances, le père était en situation de légitime défense. [. . .] Vous devez décider si le père était en train de commettre une infraction et, pour arriver à une décision sur ce point, vous devez déterminer si le père agissait en légitime défense selon l’art. 37, ou comme le décrit l’art. 37, auquel cas il n’était pas en train de commettre une infraction parce qu’il était «justifié» [. . .] de faire ce qu’il faisait. [Je souligne.]

Malheureusement, le juge du procès a interprété de façon erronée le par. 34(2) comme étant une disposition qui pouvait justifier les actes de l’accusé, alors que l’art. 37 a été expliqué comme étant une disposition à l’avantage du plaignant. Le père n’était pas poursuivi en justice. En fait, le père n’a jamais dit dans son témoignage qu’il a essayé de se défendre en employant la force pour repousser les attaques de son fils. Il a simplement dit que l’appelant l’a attaqué. Par conséquent, le juge du procès a créé à tort de la confusion dans l’esprit du jury en détournant son attention de la conduite de l’appelant et des éléments se rapportant au moyen de défense qui pouvait être invoqué en application du par. 34(1), et en la dirigeant vers un examen des

14

15

C.J. stated in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at pp. 15-16:

Emphasizing the victims' acts rather than the accused's state of mind has the effect of depriving the latter of the benefit of any error, however reasonable. The jury's attention should not be diverted from its proper concern, the guilt of the accused, by an inquiry into the guilt of the victim.

actes du plaignant. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, aux pp. 15 et 16:

Mettre l'accent sur les actes des victimes plutôt que sur l'état d'esprit de l'accusée a pour effet de retirer à cette dernière le bénéfice de toute erreur, si raisonnable soit-elle. Il ne faut pas que l'attention du jury soit détournée de sa véritable préoccupation, la culpabilité de l'accusée, par une enquête sur la culpabilité de la victime.

16 The jury asked: "If Dale is seen guilty of using excessive force in self-defence, would he be found guilty of aggravated assault?" The response to the jury's question was incorrect and misleading. The trial judge responded: ". . . the answer to that question is excessive force does take away self-defence and so I will leave it at that". I agree with the Court of Appeal that there was no air of reality to the defence put forward by the appellant pursuant to s. 34(2). He could not possibly have been under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from his frail old father. Nor could he reasonably believe that he could not preserve himself from death or grievous bodily harm other than by occasioning his father serious bodily harm. This subsection should never have been left with the jury. However, once s. 34(2) was left for the jury's consideration, the trial judge was obliged to charge them correctly with respect to its provisions. Under s. 34(2), the use of excessive force by the accused will not take away self-defence. In *R. v. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190 (Ont. C.A.), it was properly found that it is not a requirement of s. 34(2) that the force used must be proportionate to the assault against which the accused is defending him-or herself. As well in *R. v. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.), it was correctly held that there is no requirement that the force be no more than is necessary to prevent death or grievous bodily harm.

Le jury a demandé: «Si Dale est considéré coupable d'avoir employé un excès de force en légitime défense, serait-il reconnu coupable de voies de fait graves?» La réponse à cette question était incorrecte et trompeuse. Le juge du procès a répondu: [TRADUCTION] «. . . la réponse à cette question est qu'un excès de force écarte la légitime défense, et je n'ajouterai rien de plus». Je conviens avec la Cour d'appel que le moyen de défense avancé par l'appelant en application du par. 34(2) n'avait aucune vraisemblance. Il n'a pu raisonnablement appréhender que la mort ou une lésion corporelle grave ne résulte d'une attaque menée par son père âgé et frêle. Il n'a pu non plus croire raisonnablement qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves autrement qu'en causant lui-même des lésions corporelles graves à son père. Le paragraphe 34(2) n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury. Cependant, puisqu'il l'a été, le juge du procès était obligé de donner au jury des directives appropriées relativement à cette disposition. En vertu de ce paragraphe, l'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte pas la légitime défense. Dans *R. c. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190 (C.A. Ont.), on a conclu à juste titre que le par. 34(2) n'exige pas que la force employée soit proportionnée à l'attaque contre laquelle l'accusé se défend. De même, dans *R. c. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.), la cour a statué à juste titre que rien n'exige que la force employée ne dépasse pas la force nécessaire pour prévenir la mort ou des lésions corporelles graves.

17 The trial judge should also have been alerted to the fact that the jury's use of the term "excessive force" suggested that they were not properly considering the requirements of the section. Section

Le juge du procès aurait également dû être conscient du fait que l'emploi par le jury de l'expression «excès de force» laissait entendre qu'il n'examinait pas comme il le fallait les exigences de la

34(1) simply requires that the force be “no more than is necessary to enable [the accused] to defend himself”. There is no reference in that section to “excessive force”. In fact, the only section using that language is s. 26 which, as earlier noted, was an inapplicable and confusing section that should not have been mentioned.

It would also have been appropriate for the trial judge to review for the jury what is encompassed in the term “excessive force” when viewed in the context of self-defence. Specifically, he should have referred the jury to the principle that an accused facing an upraised knife, or in this case an upraised fish club, cannot be expected to weigh with nicety the exact measure of responsive force. See *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.).

These errors must be viewed seriously as they were made during the trial judge’s recharge, which was required to clarify what was already a source of confusion for the jurors. The issue of the amount of force used was essential to the success of the appellant’s self-defence argument.

The significance of questions from the jury and the need to respond correctly and completely to those questions has been stressed by this Court. See *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 139. Further, it was observed in *Pétel*, *supra*, that in order to fully answer the jury’s question in a correct and comprehensive manner, the trial judge will often have to repeat aspects of the main charge in order to provide the context for the response and to remind the jury of the initial instructions that had been given earlier.

I agree with Finch J.A. that these were serious errors of law which rendered it inappropriate to apply the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) and necessitate a new trial.

I must now refer to the aspect of the reasons of Finch J.A. which I do not accept. He took excep-

disposition. Le paragraphe 34(1) exige simplement que l’accusé n’ait employé que «la force qui [était] nécessaire pour repousser l’attaque». Ce paragraphe ne mentionne pas l’«excès de force». En fait, la seule disposition qui emploie cette terminologie est l’art. 26 qui, je l’ai déjà signalé, était un article inapplicable et prêtant à confusion, qui n’aurait pas dû être mentionné.

Il aurait également été approprié que le juge du procès examine, au bénéfice du jury, ce que comprend l’expression «excès de force» dans le contexte de la légitime défense. Plus précisément, il aurait dû mentionner au jury le principe qu’on ne peut pas s’attendre à ce qu’un accusé faisant face à un couteau menaçant, ou en l’espèce à un bâton brandi, apprécie avec exactitude la mesure de la force à y opposer. Voir *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.).

Ces erreurs doivent être considérées comme graves, car elles sont survenues pendant l’exposé supplémentaire qu’a dû faire le juge du procès pour clarifier ce qui était déjà une source de confusion pour les jurés. La question du degré de force employé était essentielle pour le succès du moyen de légitime défense invoqué par l’appelant.

Notre Cour a souligné l’importance des questions du jury et la nécessité d’y répondre correctement et complètement. Voir *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, et *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, à la p. 139. De plus, on a signalé dans *Pétel*, précité, que, pour répondre à la question du jury d’une façon correcte et approfondie, le juge du procès devra souvent reprendre des aspects de l’exposé principal de façon à fournir le contexte de la réponse et rappeler au jury les directives initiales qu’il a déjà données.

J’estime, tout comme le juge Finch, que ce sont là des erreurs de droit graves qui ont rendu inappropriée l’application des dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) et qui nécessitent la tenue d’un nouveau procès.

Je dois maintenant renvoyer à l’aspect des motifs du juge Finch que je n’accepte pas. Il a

18

19

20

21

22

tion to the following paragraph in the trial judge's instructions:

Summarizing, section 34(1), there must be at least a reasonable doubt on each of the elements of section 34(1) before the defence under that provision applies. If there is at least a reasonable doubt on all of the elements, then you must find the accused not guilty. If you are satisfied beyond a reasonable doubt that any one or more of the elements do not exist, for example, you find beyond a reasonable doubt that the accused provoked what the father did, then section 34(1) has no application. [Emphasis added.]

Finch J.A. then stated (at p. 309):

The first two sentences are capable of being understood to mean that the s. 34(1) defence is only available where the evidence raises a reasonable doubt as to every element of the defence.

23

With respect I disagree with his conclusion that the instructions of the trial judge on this issue were incorrect. Section 34(1) provides a particular defence to an assault occasioning serious bodily harm. However the defence can only be utilized if all the conditions set out in the section have been met. See for example *R. v. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.). The jury must indeed be satisfied that every element of the defence has been met. That is to say for the defence to be successful the jury must be left with a reasonable doubt as to the existence of all the elements of the defence. Namely, (i) the accused was unlawfully assaulted; (ii) the accused did not provoke the assault; (iii) the force used by the accused was not intended to cause death or grievous bodily harm; and (iv) the force used by the accused was no more than necessary to enable him to defend himself. The trial judge was correct in stating that the defence would only succeed if a reasonable doubt was raised with respect to all of these elements.

24

Finch J.A. then continued (at p. 309):

A correct charge would be that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the appellant is not within the ambit of s. 34(1), and, that failure of such proof on every element that would take the appellant's

estimé erroné le paragraphe suivant des directives du juge du procès:

[TRADUCTION] En résumé pour ce qui est du par. 34(1), il doit y avoir au moins un doute raisonnable concernant chacun des éléments du par. 34(1) avant que le moyen de défense qui y est prévu ne s'applique. S'il y a au moins un doute raisonnable concernant tous les éléments, vous devez alors acquitter l'accusé. Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que l'un ou l'autre ou plusieurs de ces éléments n'existent pas, par exemple, si vous concluez hors de tout doute raisonnable que l'accusé a provoqué ce que le père a fait, alors le par. 34(1) ne s'applique pas. [Je souligne.]

Le juge Finch a ensuite dit (à la p. 309):

[TRADUCTION] Les deux premières phrases peuvent vouloir dire que le moyen de défense prévu au par. 34(1) ne peut être invoqué que lorsque la preuve soulève un doute raisonnable concernant chaque élément du moyen de défense.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec sa conclusion que les directives du juge du procès sur ce point étaient inadéquates. Le paragraphe 34(1) prévoit un moyen de défense particulier contre des voies de fait causant des lésions corporelles graves. Ce moyen de défense ne peut toutefois être employé que si toutes les conditions énumérées dans ce paragraphe sont remplies. Voir par exemple *R. c. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.). Le jury doit en fait être convaincu que chaque élément du moyen de défense existe. Ainsi, pour que le moyen de défense soit accepté, le jury doit avoir un doute raisonnable quant à l'existence de tous les éléments du moyen de défense. C'est-à-dire (i) l'accusé a été attaqué illégalement; (ii) l'accusé n'a pas provoqué l'attaque; (iii) l'accusé a employé la force sans intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves; et (iv) l'accusé n'a employé que la force nécessaire pour repousser l'attaque. Le juge du procès a eu raison de dire que la défense ne réussirait que si un doute raisonnable était soulevé à l'égard de tous ces éléments.

Puis, le juge Finch a ajouté (à la p. 309):

[TRADUCTION] Un exposé adéquat aurait dit que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que le par. 34(1) ne s'applique pas à l'appellant, et que l'omission de faire cette preuve quant à chaque élé-

conduct outside the section, would entitle the appellant to an acquittal.

Once again, in my view, this was incorrect. The Crown is not required to prove beyond a reasonable doubt that the appellant's conduct fails on every element of the defence. It suffices if the Crown can prove beyond a reasonable doubt that any one of the four elements set out above was not established.

In the result, the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal will be set aside and a new trial directed. In light of the apparent strength of the Crown's evidence this is the appropriate disposition. However since the appellant has served his sentence and the principal witness is frail and elderly, the Crown may see fit to stay the proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: McCullough Blazina Parsons & Prkacin, Victoria.

Solicitor for the respondent: Robert A. Mulligan, Victoria.

ment qui rendrait la disposition inapplicable à la conduite de l'appelant lui donnerait droit à un acquittement.

À mon avis, cela est également inexact. Le ministère public n'est pas tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la conduite de l'appelant n'est compatible avec aucun des éléments du moyen de défense. Il suffit que le ministère public puisse prouver hors de tout doute raisonnable que l'un ou l'autre des quatre éléments énumérés n'a pas été établi.

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel sera annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée. Compte tenu de la force apparente de la preuve du ministère public, cette conclusion est appropriée. Cependant, puisque l'appelant a purgé sa peine et que le témoin principal est frêle et âgé, le ministère public peut estimer approprié d'arrêter les procédures.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: McCullough Blazina Parsons & Prkacin, Victoria.

Procureur de l'intimée: Robert A. Mulligan, Victoria.

25

26

Yves Laperrière *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAPERRIÈRE

File No.: 24889.

1996: June 11.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Procedure — Plea — Accused's guilty pleas resulting from undue influence of his counsel — Pleas quashed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1995), 101 C.C.C. (3d) 462, dismissing the accused's appeal from his guilty pleas. Appeal allowed.

Julie Beauchesne, Martin Latour and Diane Trudeau, for the appellant.

Mario Tremblay, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ LA FOREST J. — The application for leave to appeal is granted.

² We are all of the view that the appeal should be allowed essentially for the reasons given by Bisson J.A., dissenting in the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and an order is made in accordance with the conclusions of Bisson J.A.'s opinion.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Morin & Beauchesne, Cowansville.

Yves Laperrière *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAPERRIÈRE

N° du greffe: 24889.

1996: 11 juin.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procédure — Plaidoyer — Plaidoyers de culpabilité de l'accusé résultant de l'influence indue de son avocat — Plaidoyers annulés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1995), 101 C.C.C. (3d) 462, qui a rejeté l'appel de l'accusé à l'encontre de ses plaidoyers de culpabilité. Pourvoi accueilli.

Julie Beauchesne, Martin Latour et Diane Trudeau, pour l'appelant.

Mario Tremblay, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — La demande de permission d'appel est accordée.

Nous sommes tous d'avis d'accueillir le pourvoi essentiellement pour les motifs du juge Bisson, dissident en Cour d'appel. En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé et une ordonnance est rendue conformément aux conclusions de l'opinion du juge Bisson.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Morin & Beauchesne, Cowansville.

*Solicitor for the respondent: Mario Tremblay,
Québec.*

*Procureur de l'intimée: Mario Tremblay,
Québec.*

Steve Liakas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LIAKAS

File No.: 24906.

1996: June 13.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Pre-trial procedure — Stay ordered after lengthy pre-trial delay but set aside on appeal — Whether stay can be ordered absent proof of impairment of ability to present full answer and defence or proof of oppressive or vexatious behaviour on part of Crown or police.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] Q.J. No. 699 (QL), allowing an appeal from a judgment of Millette J. Appeal dismissed.

Marc Cigana and Raphaël H. Schachter, Q.C., for the appellant.

Randall Richmond, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LA FOREST J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal, [1995] Q.J. No. 699. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montreal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Quebec, Montreal.

Steve Liakas *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LIAKAS

N° du greffe: 24906.

1996: 13 juin.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure préalable au procès — Arrêt des procédures ordonné en raison d'un long délai antérieur au procès, mais annulé en appel — L'arrêt des procédures peut-il être ordonné en l'absence de preuve d'une diminution de la capacité de présenter une défense pleine et entière ou de preuve d'un comportement oppressif ou vexatoire de la part du ministère public ou de la police?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] A.Q. n° 699 (QL), qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Millette. Pourvoi rejeté.

Marc Cigana et Raphaël H. Schachter, c.r., pour l'appelant.

Randall Richmond, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par la Cour d'appel, [1995] A.Q. n° 699. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Québec, Montréal.

Michael Joseph McKarris *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MCKARRIS

File No.: 24879.

1996: June 14.

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

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND
SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Search or seizure — Accused acquitted of possession of narcotic for purpose of trafficking — Court of Appeal setting aside acquittal — Exigent circumstances authorizing police to conduct search — Search conducted in reasonable manner — Court of Appeal's judgment upheld — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1995), 131 Nfld. & P.E.I.R. 181, 408 A.P.R. 181, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal of possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

John L. MacDougall, Q.C., for the appellant.

David M. Meadows and *Paula R. Taylor*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We are all of the view that this appeal as of right should be dismissed. There were reasonable and probable grounds to arrest the

Michael Joseph McKarris *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MCKARRIS

N° du greffe: 24879.

1996: 14 juin.

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

EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie — Accusé acquitté de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic — Rejet de l'acquiescement par la Cour d'appel — Situation d'urgence autorisant la police à effectuer une perquisition — Perquisition effectuée de façon raisonnable — Jugement de la Cour d'appel maintenu — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1995), 131 Nfld. & P.E.I.R. 181, 408 A.P.R. 181, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé pour possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

John L. MacDougall, c.r., pour l'appellant.

David M. Meadows et *Paula R. Taylor*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes tous d'avis de rejeter le présent pourvoi formé de plein droit. Il existait des motifs raisonnables et probables

appellant. The learned trial judge erred in law in this respect. Moreover, there were exigent circumstances which authorized the police officer to conduct a search pursuant to s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. The search was conducted in a reasonable manner. Accordingly, we agree with the Court of Appeal that there was no breach of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2

The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Halifax.

d'arrêter l'appelant. Le juge du procès a commis une erreur de droit à cet égard. Qui plus est, il y avait une situation d'urgence, qui autorisait le policier à effectuer une perquisition conformément à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. La perquisition a été effectuée de façon raisonnable. Par conséquent, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Halifax.

Norman Terry Clement *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CLEMENT

File No.: 24932.

1996: June 14.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police searching accused's car — Evidence supporting trial judge's finding that accused gave his consent to the search freely and voluntarily — No infringement of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 230, 83 O.A.C. 226, 100 C.C.C. (3d) 103, 31 C.R.R. (2d) 17, 42 C.R. (4th) 40, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of robbery, using a firearm to commit an indictable offence and being masked with intent to commit an indictable offence. Appeal dismissed.

Fergus J. O'Connor, for the appellant.

Beverly A. Brown, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — There was cogent evidence to support the trial judge's finding that the appellant consented to the search of his car before he was detained. The appellant testified that he knew that

Norman Terry Clement *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CLEMENT

N° du greffe: 24932.

1996: 14 juin.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille du véhicule de l'accusé par les policiers — Éléments de preuve étayant la conclusion du juge du procès que l'accusé a consenti librement et volontairement à la fouille — Aucune atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 230, 83 O.A.C. 226, 100 C.C.C. (3d) 103, 31 C.R.R. (2d) 17, 42 C.R. (4th) 40, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations de vol qualifié, d'usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel et de port d'un masque dans l'intention de commettre un acte criminel. Pourvoi rejeté.

Fergus J. O'Connor, pour l'appellant.

Beverly A. Brown, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Il y avait des éléments de preuve convaincants étayant la conclusion du juge du procès que l'appellant a consenti à la fouille de son automobile avant d'être détenu. L'appellant a

the police had no right to search his car. It is apparent that he gave his consent freely and voluntarily. It follows that the search thus consented to did not infringe s. 8 of the *Charter*. The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Fergus J. O'Connor, Kingston.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

témoigné qu'il savait que les policiers n'avaient pas le droit de fouiller son véhicule. Il est manifeste qu'il a consenti librement et volontairement à la fouille. Il s'ensuit que cette fouille, à laquelle il a ainsi consenti, n'a pas violé l'art. 8 de la *Charte*. L'appel est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Fergus J. O'Connor, Kingston.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Donald Leo R., Helen Susan R. and Donald George W. Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. R. (D.)

File No.: 24766.

Hearing and judgment: January 30, 1996.

Reasons delivered: June 20, 1996.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Evidence — Hearsay — Young child telling foster mother and physician that her father had sexually abuse her — Child unable to remember incident at trial — Whether out-of-court statements made by child admissible.

Criminal law — Evidence — Expert witness — Defence expert in area of sexually abused children prevented by trial judge from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events — Whether expert testimony should have been admitted.

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Credibility of witnesses — Children alleging that they were sexually and physically abused by accused — Therapist present during police interviews of children — Defence not permitted to use transcripts of interviews to cross-examine therapist on interview techniques employed — Defence seeking to show that children may have been coached or manipulated — Whether trial judge erred in restricting cross-examination — Whether children's credibility a collateral issue.

Criminal law — Evidence — Sufficiency — Accused convicted of sexual assault — Children's testimony against one accused similar to their testimony against another accused — Whether evidence too weak to support conviction.

Donald Leo R., Helen Susan R. et Donald George W. Appellants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. R. (D.)

N° du greffe: 24766.

Audition et jugement: 30 janvier 1996.

Motifs déposés: 20 juin 1996.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Jeune enfant ayant dit à sa mère du foyer d'accueil et à un médecin que son père l'avait agressée sexuellement — Enfant incapable de se souvenir de l'épisode au procès — Les déclarations extrajudiciaires de l'enfant étaient-elles admissibles?

Droit criminel — Preuve — Témoin expert — Juge du procès empêchant l'expert de la défense en matière d'enfants victimes d'abus sexuels de témoigner au sujet des conclusions qu'il a tirées sur la fiabilité du souvenir que les enfants avaient d'événements précis — Le témoignage de l'expert aurait-il dû être admis?

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Crédibilité de témoins — Enfants alléguant avoir été victimes d'abus sexuels et physiques de la part des accusés — Thérapeute présente lors des entretiens des enfants avec la police — Défense non autorisée à utiliser les transcriptions des entretiens pour contre-interroger la thérapeute sur les techniques d'entrevue utilisées — Défense cherchant à montrer que les enfants pouvaient avoir été influencés ou manipulés — Le juge du procès a-t-elle commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire? — La crédibilité des enfants est-elle une question accessoire?

Droit criminel — Preuve — Caractère suffisant — Accusés déclarés coupables d'agression sexuelle — Témoignage des enfants contre un accusé semblable à celui qu'ils ont présenté contre un autre accusé — La preuve était-elle trop faible pour justifier une déclaration de culpabilité?

Criminal law — Trial — Verdicts — Trial judge convicting accused of sexual assault while acquitting them of gross indecency — Whether trial judge's findings inconsistent.

Criminal law — Trial — Verdicts — Inadequate reasons — Accused convicted of assault causing bodily harm — Trial judge failing to address troublesome evidence and to identify basis on which she convicted accused — Whether new trial should be ordered.

The appellants were charged with several counts alleging sexual and physical abuse against three children. D.R. and H.R. are the natural parents of the complainants, and D.W. was H.R.'s boyfriend. The parents' failure to take care adequately of the children led to their placement in the K. family. At that time, the son was seven years old and the twin daughters were five. After the children visited D.R.'s residence for an overnight stay, Mrs. K. noticed blood stains on one of the young girls' underwear. When she asked her what had happened, the girl said that her daddy had "touched" her. The next day, a physician examined the girl and concluded that she had been subjected to non-accidental trauma of the genital area. The girl told the physician that her "daddy spanked my bum then he put his fingers in my bum, it hurt". All three children were observed by Mr. and Mrs. K. to be hyperactive and difficult to control. They appeared to be sexually overt, and were often found kissing and hugging, or naked together in the playroom. The young boy's behaviour deteriorated so badly that he had to be placed in a second foster home, where he made allegations that he and his sisters had been sexually abused by the K. family. As a result, the twins were placed in a new foster home. All three children were examined by a physician who found medical evidence consistent with sexual abuse. Subsequently, the children began making multiple allegations of sexual abuse against their birth parents, D.W., the K. family and many K. family relatives. The police officer assigned to investigate the allegations interviewed the children at length in videotaped sessions. A child therapist was present at these interviews.

At trial, the children testified that the appellants had performed sexual acts on them and had forced them to perform sexual acts on the appellants. The young boy

Droit criminel — Procès — Verdicts — Juge du procès déclarant les accusés coupables d'agression sexuelle tout en les déclarant non coupables de grossière indécence — Les conclusions du juge du procès sont-elles incohérentes?

Droit criminel — Procès — Verdicts — Motifs insuffisants — Accusés déclarés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles — Juge du procès n'ayant pas traité d'éléments de preuve troublants et n'ayant pas indiqué sur quoi elle s'est fondée pour déclarer les accusés coupables — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

Les appelants ont été accusés de plusieurs chefs d'abus sexuels et physiques commis sur trois enfants. D.R. et H.R. sont les parents naturels des plaignants et D.W. était l'ami de H.R. Comme les parents ne s'occupaient pas adéquatement des enfants, il a fallu les placer dans la famille K. À cette époque, le fils avait sept ans et les jumelles en avaient cinq. Après que les enfants eurent passé une nuit chez D.R., M^{me} K. a remarqué la présence de taches de sang sur les sous-vêtements de l'une des fillettes. Lorsqu'elle lui a demandé ce qui était arrivé, l'enfant a répondu que son père l'avait «touchée». Le lendemain, un médecin a examiné l'enfant et a conclu qu'elle avait subi des traumatismes non accidentels aux organes génitaux. La fillette a raconté au médecin: «mon papa [. . .] m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». Monsieur et madame K. ont remarqué que les trois enfants étaient hyperactifs et difficiles à maîtriser. Ils semblaient éveillés sur le plan sexuel et on les voyait souvent s'embrasser et s'étreindre, ou encore nus ensemble dans la salle de jeux. Le comportement du jeune garçon a empiré au point qu'il a dû être placé dans un deuxième foyer d'accueil où il a soutenu que lui et ses sœurs avaient été victimes d'abus sexuels dans la famille K. Par conséquent, les jumelles ont été placées dans un autre foyer d'accueil. Les trois enfants ont été examinés par un médecin qui a décelé des éléments de preuve médicale pouvant laisser croire qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels. Par la suite, les enfants ont commencé à soutenir qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels de la part de leurs parents naturels, de D.W., de la famille K. et de nombreuses personnes ayant un lien de parenté avec la famille K. Le policier chargé d'enquêter sur ces allégations a eu avec les enfants de longs entretiens enregistrés sur bande magnéto-copie. Une thérapeute pour enfants a assisté à ces entretiens.

Au procès, les enfants ont témoigné que les appelants avaient accompli sur eux des actes sexuels et qu'ils avaient été forcés d'accomplir des actes sexuels sur les

also stated that his mother had stabbed him with a knife to get blood and had burnt him with a lighter, and one of the young girls said that her father had cut her back and her vagina with a knife. Her sister was unable to recall the "touching and spanking" incident but the trial judge ruled that her statements to Mrs. K. and the physician were admissible. A defence expert, who was qualified as an expert in the area of child development and characteristics of child abuse, testified that the children's memories of their parents and of what happened when they lived with them was verbal memory, which is learned, and not visual memory, which is based on experience. The trial judge prevented the expert from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events, finding that to do so would usurp the function of the court in making findings of credibility. In an attempt to discredit the child witnesses, or prove that the children had been coached or manipulated, the defence sought to cross-examine the child therapist on the interview techniques employed during the interviews conducted by the police using copies of the transcripts of those interviews. The trial judge refused to permit the use of the transcripts in the cross-examination of the therapist, essentially because they related to the children's credibility, a collateral issue. The trial judge found the medical and psychological evidence to be consistent with evidence that the children were sexually abused over a period of time and by persons close to them. She reviewed the testimony of the children and was satisfied beyond a reasonable doubt that the children had suffered sexual abuse at the hands of each appellant. However, she was left with a reasonable doubt as to whether the children were made to touch the private parts of the appellants, and as to whether intercourse ever occurred. As a result, she entered convictions on sexual assault, and acquitted all the appellants of gross indecency. She convicted D.R. and H.R. of two counts of assault, and acquitted all the appellants on the remaining counts of assault. After the trial, Mr. K.'s father pleaded guilty to charges of sexual assault against the R. children. On appeal, the appellants sought to have his certificate of conviction admitted as

appelants. Le jeune garçon a aussi affirmé que sa mère lui avait donné des coups de couteau pour obtenir du sang et l'avait brûlé au moyen d'un briquet, et l'une des fillettes a dit que son père lui avait infligé des coupures au dos et au vagin à l'aide d'un couteau. Sa sœur a été incapable de se souvenir de l'épisode «des attouchements et de la fessée», mais le juge du procès a décidé que les déclarations qu'elle avait faites à M^{me} K. et au médecin étaient admissibles. Un témoin expert de la défense, qui était spécialisé dans le domaine du développement de l'enfant et des caractéristiques des mauvais traitements infligés aux enfants, a affirmé que le souvenir que les enfants avaient de leurs parents et de ce qui était survenu quand ils vivaient avec eux relevait de la mémoire verbale, qui est acquise, et non de la mémoire visuelle, qui est fondée sur l'expérience. Le juge du procès a empêché l'expert de témoigner au sujet des conclusions qu'il avait tirées sur la fiabilité du souvenir que les enfants avaient d'événements précis, concluant que cela reviendrait à usurper le rôle qui incombe à la cour de tirer des conclusions relatives à la crédibilité. Dans le but de discréditer les enfants témoins ou de prouver que les enfants avaient été influencés ou manipulés, la défense a cherché à contre-interroger la thérapeute pour enfants sur les techniques d'entrevue utilisées durant les entretiens avec la police, en se servant de copies des transcriptions de ces entretiens. Le juge du procès a refusé que l'on se serve des transcriptions pour contre-interroger la thérapeute, essentiellement parce qu'elles portaient sur une question accessoire, savoir la crédibilité des enfants. Le juge du procès a conclu que la preuve médicale et psychologique était compatible avec celle selon laquelle les enfants avaient, pendant un certain temps, été victimes d'abus sexuels de la part de personnes proches d'eux. Elle a examiné le témoignage des enfants et a été convaincue hors de tout doute raisonnable que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels de la part de chacun des appelants. Cependant, il persistait chez elle un doute raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés de toucher les parties génitales des appelants et s'il y avait jamais eu des relations sexuelles. Par conséquent, elle a prononcé des déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et a acquitté tous les appelants relativement aux chefs de grossière indécence. Elle a déclaré D.R. et H.R. coupables relativement à deux chefs de voies de fait et a acquitté tous les appelants à l'égard des autres chefs de voies de fait. Après le procès, le père de M. K. a plaidé coupable relativement à des accusations d'avoir agressé sexuellement les enfants R. En appel, les appelants ont demandé en vain l'admission comme nouvelle preuve de son certificat de déclaration de culpabilité. La Cour d'appel à la

fresh evidence, but were not successful. The majority of the Court of Appeal upheld the appellants' convictions.

Held (Cory and Iacobucci JJ. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and an acquittal entered in the case of D.W. The appeal should be allowed and a new trial ordered in the cases of D.R. and H.R.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ.: The trial judge erred in admitting the young girl's out-of-court statements to Mrs. K. and the physician. These statements were not sufficiently reliable to be admissible. There was evidence suggesting that the girl's brother may have assaulted her at D.R.'s residence at the time in question and also evidence that the children tended to lie to cover up the sexual activity that took place between them. In the result, her statements are as consistent with the hypothesis that she was protecting her brother as they are with her having been sexually assaulted by D.R. No circumstantial guarantee of trustworthiness has been established.

The testimony of the defence expert should have been admitted as an evidentiary basis upon which the children's credibility could have been judged. His testimony was relevant to the issue of the reliability of the children's memories of their birth parents, memories which he suggested had been "learned" and which could not be independently recalled. The children's credibility was central to the disposition of the case, and considering the nature of the children's evidence, any explanation of their otherwise incredible behaviour could only aid the trier of fact in accurately assessing their credibility.

Given the importance of the right to cross-examine witnesses, and the fact that the issue of the children's credibility was not collateral but central to the allegations against the appellants, they should have been allowed to cross-examine the child therapist using the transcripts of the interviews. Any evidence that might have cast doubt on the children's credibility, or that might show that they had been coached or manipulated, was evidence that would have been crucial to the appellants' case. Whether the therapist was an expert on interview techniques is immaterial, as the scope of cross-examination of an expert is not restricted to his or her area of expertise. The fact that the appellants might have made other use of the transcripts, or introduced them into evidence, is irrelevant in determining whether they

majorité a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre les appelants.

Arrêt (les juges Cory et Iacobucci sont dissidents en partie et le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un acquittement est prononcé dans le cas de D.W. Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée dans le cas de D.R. et de H.R.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major: Le juge du procès a commis une erreur en admettant les déclarations extrajudiciaires que la fillette avait faites à M^{me} K. et au médecin. Ces déclarations n'étaient pas suffisamment dignes de foi pour être admissibles. Il y avait des éléments de preuve qui laissaient croire que le frère de la fillette pouvait l'avoir agressée chez D.R., à l'époque en question, et d'autres éléments de preuve que les enfants avaient tendance à mentir pour cacher les activités sexuelles auxquelles ils se livraient entre eux. En définitive, les déclarations de la fillette sont aussi compatibles avec l'hypothèse selon laquelle elle protégeait son frère qu'elles le sont avec celle voulant qu'elle ait été agressée sexuellement par D.R. Aucune garantie circonstancielle de fiabilité n'a été fournie.

Le témoignage de l'expert de la défense aurait dû être admis comme preuve sur laquelle on aurait pu s'appuyer pour juger de la crédibilité des enfants. Son témoignage était pertinent quant à la question de la fiabilité du souvenir que les enfants avaient de leurs parents naturels, souvenir qui, selon lui, avait été «acquis» et qui ne pouvait pas être évoqué séparément. La crédibilité des enfants était cruciale pour trancher l'affaire et, compte tenu de la nature du témoignage des enfants, toute explication de leur comportement par ailleurs incroyable ne pouvait qu'aider le juge des faits à bien évaluer leur crédibilité.

Compte tenu de l'importance du droit de contre-interroger des témoins et du fait que la question de la crédibilité des enfants était non pas accessoire, mais au cœur des allégations contre les appelants, ces derniers auraient dû être autorisés à contre-interroger la thérapeute pour enfants à l'aide des transcriptions des entretiens. Tout élément de preuve qui aurait pu susciter un doute quant à la crédibilité des enfants ou qui pourrait montrer que les enfants avaient été influencés et manipulés était un élément de preuve qui aurait été crucial pour la preuve des appelants. Il importe peu que la thérapeute ait été un expert en techniques d'entrevue, étant donné que l'étendue du contre-interrogatoire d'un expert n'est pas restreinte à son domaine d'expertise. Le fait que les appelants auraient pu faire un autre usage des

were wrongly restricted in their cross-examination of the therapist.

With respect to D.W.'s sexual assault conviction, the children's testimony of the abuse they suffered by different appellants was often identical. While identical evidence is not necessarily unreliable, similarity of evidence is a factor to be considered when assessing its weight. This is particularly true where, as here, questions had arisen regarding the possible effect of verbal repetition on the children's memories. Given the weakness of the evidence supporting D.W.'s conviction, an acquittal must be entered. In the cases of D.R. and H.R., there was additional evidence that might indicate that the children had been sexually abused while they were living with their birth parents. However, the children's testimony supporting the charges of sexual assault was too intertwined with their testimony supporting the charges of gross indecency to be logically severable. The trial judge either had to believe the children's testimony to be credible and convict on both, or she had to entertain a reasonable doubt on the whole of the evidence and acquit. There is an irreconcilable inconsistency in the trial judge's findings. The inconsistent findings resulted when the trial judge erred in law by applying a finding of fact to different questions of law in a manner that was not uniform. The error was not so serious as to make all the verdicts unreasonable, but since there was an error of law, a new trial rather than an acquittal should be directed for D.R. and H.R. on the sexual assault charges.

With respect to the convictions of D.R. and H.R. for assault causing bodily harm, the trial judge referred to some evidence that might constitute such an assault, but did not deal with the bizarre and contradictory evidence relating to the assault allegations. Although trial judges are not always required to give reasons, where, as in this case, there is confused and contradictory evidence, the trial judge should give reasons for his or her conclusions. Here, the trial judge erred in law by failing to address the troublesome evidence and by failing to iden-

transcriptions ou les présenter en preuve est sans importance pour ce qui est de déterminer s'ils ont été limités à tort dans leur contre-interrogatoire de la thérapeute.

En ce qui concerne la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre D.W., les témoignages des enfants sur les mauvais traitements que différents appelants leur ont fait subir étaient souvent identiques. Bien que des témoignages identiques ne soient pas nécessairement indignes de foi, la similitude des témoignages est un élément à prendre en considération au moment d'en évaluer le poids. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des questions se sont posées quant à l'effet que la répétition verbale pouvait avoir eu sur la mémoire des enfants. Étant donné la faiblesse de la preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité de D.W., il faut l'acquitter. Dans le cas de D.R. et de H.R., il y avait des éléments de preuve supplémentaires qui pouvaient indiquer que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels pendant qu'ils habitaient chez leurs parents naturels. Cependant, le témoignage des enfants qui étayait les accusations d'agression sexuelle se confondait trop avec leur témoignage à l'appui des accusations de grossière indécence pour qu'on puisse les dissocier logiquement. Le juge du procès devait ou bien croire que le témoignage des enfants était crédible et prononcer un verdict de culpabilité à la fois de grossière indécence et d'agression sexuelle, ou bien avoir un doute raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve, et prononcer l'acquittement. Les conclusions du juge du procès présentent une incohérence inconciliable. Ces conclusions incohérentes résultent de l'erreur de droit commise par le juge du procès en appliquant, de manière non uniforme, une conclusion de fait à diverses questions de droit. Cette erreur n'était pas grave au point de rendre tous les verdicts déraisonnables, mais étant donné qu'une erreur de droit a été commise, il y a lieu d'ordonner, pour D.R. et H.R., la tenue d'un nouveau procès plutôt que de prononcer un acquittement relativement aux accusations d'agression sexuelle.

En ce qui concerne les déclarations de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles prononcées contre D.R. et H.R., le juge du procès s'est reportée à certains éléments de preuve qui pouvaient établir l'existence de telles voies de fait, mais elle n'a pas traité des éléments de preuve bizarres et contradictoires concernant les allégations de voies de fait. Même si les juges du procès ne sont pas toujours tenus d'exposer leurs motifs, dans des cas comme la présente affaire où il y a des éléments de preuve embrouillés et contradictoires, le juge du procès devrait exposer des motifs expliquant ses conclusions. En l'espèce, le juge du procès a commis

tify the basis on which she convicted D.R. and H.R. of assault. This is an error of law necessitating a new trial.

Per McLachlin J.: It was open to the trial judge to find that the children had been sexually assaulted, but to have a reasonable doubt as to whether the acts of gross indecency had occurred. In addition to the children's testimony there was an abundance of medical and psychological evidence to support the charges of sexual assault. No similar supporting evidence was available in respect of the gross indecency charges. When dealing with the crucial issue of identity, however, the trial judge erred in law in characterizing the medical and psychological evidence as evidence capable of supporting the inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults on the three children. The vast majority of this evidence was simply not capable of supporting such an inference.

Per Cory and Iacobucci JJ. (dissenting in part): Major J.'s reasons are agreed with except that rather than acquit D.W., it is appropriate in this case to direct a new trial for him as well as the other appellants. It is true that some of the children's evidence was bizarre and, in some instances, suspiciously identical. Nevertheless, in looking at all the circumstances of the case, there is some evidence from the children's testimony that is sufficient to warrant the holding of a new trial rather than entering an acquittal.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The trial judge was correct in admitting the young girl's statements. Out-of-court statements are admissible as evidence of the truth of their content, as long as they meet the criteria of "necessity" and "reliability". Here, the statements were necessary because the child had no recollection at trial of the incident described in the statements. As well, the circumstances of the statements provided a guarantee of reliability: the statements were made very shortly after the alleged attack and to different persons on separate occasions. They were also consistent with one another and with the medical evidence. The statements, which indicated that the young girl had been sexually assaulted by D.R., were not equally consistent with the hypothesis that she was protecting her brother. The evidence does not suggest that the children ever falsely accused adults of having touched them in order to conceal their own sexual activity. Moreover, the question was not whether the trial judge should believe the young

une erreur de droit en ne traitant pas des éléments de preuve troublants et en n'indiquant pas sur quoi elle s'est fondée pour déclarer D.R. et H.R. coupables de voies de fait. Il s'agit là d'une erreur de droit qui commande la tenue d'un nouveau procès.

Le juge McLachlin: Le juge du procès pouvait conclure que les enfants avaient été victimes d'agression sexuelle, tout en ayant un doute raisonnable quant à savoir si les actes de grossière indécence avaient été accomplis. Outre le témoignage des enfants, il y avait une abondante preuve médicale et psychologique à l'appui des accusations d'agression sexuelle. On ne disposait d'aucune preuve semblable à l'appui des accusations de grossière indécence. Cependant, lorsqu'elle a examiné la question cruciale de l'identité, le juge du procès a commis une erreur de droit en considérant que la preuve médicale et psychologique permettait de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles commises sur les trois enfants. La majeure partie de cette preuve ne permettait tout simplement pas de faire une telle déduction.

Les juges Cory et Iacobucci (dissidents en partie): Il y a accord avec les motifs du juge Major sauf que, au lieu d'acquitter D.W., il convient, en l'espèce, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour lui et les autres appellants. Il est vrai que certains témoignages des enfants étaient bizarres et qu'ils présentaient, dans certains cas, une ressemblance douteuse. Néanmoins, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il y a, dans le témoignage des enfants, certains éléments de preuve qui sont suffisants pour justifier la tenue d'un nouveau procès plutôt que l'inscription d'un verdict d'acquiescement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissident): Le juge du procès a eu raison d'admettre en preuve les déclarations de la fillette. Les déclarations extrajudiciaires sont admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu, dans la mesure où elles satisfont aux critères de la «nécessité» et de la «fiabilité». En l'espèce, les déclarations étaient nécessaires parce que l'enfant ne se souvenait pas, au procès, de l'incident décrit dans celles-ci. De même, les circonstances entourant les déclarations offraient une garantie de fiabilité: ces déclarations ont été faites, très peu de temps après l'attaque reprochée, à des personnes différentes et à des occasions distinctes. Elles étaient également compatibles l'une avec l'autre et avec la preuve médicale. Les déclarations, qui indiquaient que la fillette avait été agressée sexuellement par D.R., n'étaient pas également compatibles avec l'hypothèse selon laquelle elle protégeait son frère. La preuve ne laisse pas entendre que les enfants ont déjà faussement accusé des adultes de les avoir touchés pour

girl's statements, but whether she should be able to consider the statements at all. Any possibility of fabrication was not so compelling that it warranted excluding the statements altogether.

The trial judge was also correct in declining to hear the defence expert's conclusions on the reliability of the children's testimony. The determination of credibility is a matter for the judge or jury, and a trier of fact does not normally require assistance in this task. The trial judge permitted the expert to give evidence on the theoretical distinction between visual and verbal memory. However, even assuming that this theory falls within the category of matters which lay people may not understand if they are not explained to them by an expert in child memory development, the expert's evidence suggests that, once the theory had been explained, its application to actual testimony did not require special expertise. In this case, given that all the children were cross-examined on whether they could actually remember certain events or whether they had merely come to believe them through repetition, the trial judge was well able to determine for herself, without hearing the expert's conclusions, whether the children's recollections were real and whether their testimony was reliable.

The trial judge's reluctance to permit the defence to impeach the children's credibility in its cross-examination of the child therapist is understandable because credibility is a collateral issue, not a fact in issue. Matters which relate solely to credibility can only be canvassed in cross-examination of the witness whose credibility is sought to be impeached. Here, however, the details of the interview procedure did have relevance which went beyond the children's credibility. If there were evidence that the police investigator had influenced the children's identification of their abusers in the course of interviewing them, it would bear directly on the question of identity, a fact in issue. The trial judge ought thus to have permitted the defence to refresh the therapist's memory using any suitable materials, including the transcripts of the interviews. There is no likelihood, however, that the verdict would have been any different had the defence been allowed to refresh her memory. If there had been any coaching or manipulation during the interviews, the defence would have sought to introduce the transcripts themselves as evi-

deux de leurs propres activités sexuelles. De plus, il s'agissait non pas de savoir si le juge du procès devait croire les déclarations de la fillette, mais bien si elle devait pouvoir les examiner. Toute possibilité que l'on ait inventé une histoire n'était pas sérieuse au point de justifier d'écarter complètement les déclarations.

Le juge du procès a également eu raison de refuser d'entendre les conclusions de l'expert de la défense sur la fiabilité du témoignage des enfants. La détermination de la crédibilité est une question qu'il appartient au juge ou au jury de trancher, et normalement, le juge des faits n'a pas besoin d'aide à ce sujet. Le juge du procès a permis à l'expert de témoigner sur la distinction théorique entre la mémoire visuelle et la mémoire verbale. Cependant, même en supposant que cette théorie tombe dans la catégorie des questions que les profanes ne pourront peut-être pas comprendre si elles ne leur sont pas expliquées par un expert dans le domaine du développement de la mémoire chez l'enfant, le témoignage de l'expert laisse entendre que l'application de la théorie, une fois expliquée, aux témoignages recueillis ne requerrait pas des compétences particulières. En l'espèce, étant donné que tous les enfants ont été contre-interrogés sur la question de savoir s'ils pouvaient réellement se souvenir de certains événements ou s'ils en étaient venus à croire à leur existence à force de les répéter, le juge du procès était bien en mesure de déterminer par elle-même, sans entendre les conclusions de l'expert, si les souvenirs des enfants étaient réels et si leur témoignage était digne de foi.

On peut comprendre pourquoi le juge du procès a hésité à permettre à la défense d'attaquer la crédibilité des enfants lors de son contre-interrogatoire de la thérapeute pour enfants, du fait que la crédibilité est une question accessoire, et non un fait en litige. Les questions portant exclusivement sur la crédibilité ne peuvent être approfondies que lors du contre-interrogatoire du témoin dont on cherche à attaquer la crédibilité. En l'espèce, cependant, les détails de la procédure suivie lors des entretiens avaient une pertinence allant au-delà de la crédibilité des enfants. S'il existait une preuve que, pendant les entretiens, le policier enquêteur avait influencé l'identification par les enfants des auteurs des abus dont ils avaient été victimes, cela aurait une incidence directe sur la question de l'identité, un fait en litige. Le juge du procès aurait donc dû permettre à la défense de rafraîchir la mémoire de la thérapeute au moyen de documents appropriés, dont la transcription des entretiens. Cependant, il n'y a aucune chance que le verdict eût été différent si la défense avait été autorisée à lui rafraîchir la mémoire. La défense aurait cherché à déposer en

dence. It declined to do so and even declined to cross-examine the police investigator on the subject.

With respect to the sufficiency of the evidence on D.W., the similarity of the children's descriptions of the abuse was not so grave a flaw that no reasonable judge could have convicted D.W. The children were testifying as to the essential details of the assaults and it was the role of the trial judge to decide whether or not to believe them. She had the opportunity to see and hear the children on the stand. Moreover, the children were cross-examined on the issue of memory corruption, and an expert testified on the subject. Having heard all of this evidence, the trial judge was entitled to believe, beyond a reasonable doubt, that D.W. had sexually assaulted the children. In the absence of an error of law or a finding which cannot reasonably be supported on the evidence, a trial judge's findings in relation to credibility will not be overturned on appeal.

The convictions for sexual assault entered against D.R. and H.R. are not based on an error of law and should not be overturned. Inconsistency in the verdicts would be a ground of appeal if the combination of verdicts were one which no reasonable trier of fact would have rendered. In such case, the appeal would not be based on an error of law but on the unreasonableness of the verdicts. Here, the verdicts are clearly not inconsistent. On the evidence, a trier of fact could reasonably convict D.R. and H.R. of sexual assault while acquitting them of gross indecency. Their convictions therefore cannot be attacked as inconsistent. Nor is there any basis for concluding that the trial judge committed an error of law. There is no principle of law which required the trial judge to believe or disbelieve the children's evidence in its entirety. The trial judge's factual findings led to the conclusion that the appellants were guilty of sexual assault and not guilty of gross indecency, and there is no overriding principle of "uniformity" that required the trial judge to convict or acquit the appellants of both offences.

As well, the convictions of D.R. and H.R. for assault causing bodily harm should not be set aside and a new trial ordered simply because the trial judge's reasons did not address the confusing evidence or separate fact from fiction. The absence of reasons or an omission from the

preuve les transcriptions mêmes si les enfants avaient été influencés ou manipulés pendant les entretiens. Elle a refusé non seulement de le faire, mais encore de contre-interroger le policier enquêteur à ce sujet.

Quant au caractère suffisant de la preuve relative à D.W., la similitude des descriptions d'abus données par les enfants ne constituait pas une lacune si grave qu'aucun juge raisonnable n'aurait pu déclarer D.W. coupable. Les enfants témoignaient relativement aux détails essentiels des agressions et il appartenait au juge du procès de décider si elle devait les croire. Elle a eu l'occasion de voir et d'entendre les enfants à la barre. De plus, les enfants ont été contre-interrogés sur la question de l'altération de la mémoire, et un expert a témoigné à ce sujet. Après avoir entendu tous ces témoignages, le juge du procès avait le droit de croire hors de tout doute raisonnable que D.W. avait agressé sexuellement les enfants. En l'absence d'une erreur de droit ou d'une conclusion qui ne peut raisonnablement reposer sur la preuve, les conclusions qu'un juge du procès tire en matière de crédibilité ne seront pas écartées en appel.

Les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle prononcées contre D.R. et H.R. ne reposent pas sur une erreur de droit et ne devraient pas être écartées. L'incohérence des verdicts serait un moyen d'appel si la combinaison de verdicts était une combinaison qu'aucun juge des faits raisonnable n'aurait rendue. Dans un tel cas, l'appel serait fondé non pas sur une erreur de droit, mais sur le caractère déraisonnable des verdicts. En l'espèce, il est clair que les verdicts ne sont pas incohérents. Selon la preuve, un juge des faits pouvait raisonnablement déclarer D.R. et H.R. coupables d'agression sexuelle, tout en les déclarant non coupables de grossière indécence. En conséquence, on ne peut attaquer leurs déclarations de culpabilité en disant qu'elles sont incohérentes. Rien ne permet non plus d'affirmer que le juge du procès a commis une erreur de droit. Aucun principe de droit n'obligeait le juge des faits à croire ou à rejeter en totalité le témoignage des enfants. Les conclusions de fait du juge du procès l'ont amenée à conclure que les appelants étaient coupables d'agression sexuelle et non coupables de grossière indécence, et il n'y avait aucun principe dominant d'«uniformité» qui exigeait que le juge du procès déclare les appelants coupables des deux infractions, ou qu'elle les acquitte relativement aux deux.

De même, les déclarations de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles prononcées contre D.R. et H.R. ne devraient pas être annulées et un nouveau procès ne devrait pas être ordonné simplement parce que le juge du procès a omis, dans ses motifs, de

reasons are not in themselves an error of law. Since the trial judge's reasons do not disclose a material error in the interpretation or application of the law, in the appreciation of the evidence, or in the handling of the trial, there is no basis for overturning the convictions. The trial judge in fact gave meticulous oral reasons, in which she thoroughly summarized the evidence, and set out her approach to the children's evidence and all the essential findings on which the verdicts are based. Although the reasons do not deal exhaustively with the evidence, there is no indication that she disregarded or failed to appreciate any of it.

The Court of Appeal was correct in ruling that the certificate of conviction of Mr. K's father was inadmissible on appeal because it could not reasonably have affected the outcome of the trial.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Attorney-General v. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

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. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134, aff'd [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. v. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132; *R. v. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361; *R. v. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318; *R. v. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249; *R. v. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60; *Koury v. The Queen*, [1964] S.C.R. 212; *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. v. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178; *R. v. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (QL); *R. v. Hynes* (1994), 134 N.S.R.

traiter des éléments de preuve déroutants ou de distinguer la réalité de la fiction. L'absence de motifs ou une omission dans les motifs ne constitue pas en soi une erreur de droit. Puisque les motifs du juge du procès ne révèlent aucune erreur importante dans l'interprétation ou l'application de la loi, dans l'appréciation de la preuve ou dans le déroulement du procès, il n'y a aucune raison d'infirmer les déclarations de culpabilité. En réalité, le juge des faits a exposé des motifs oraux méticuleux dans lesquels elle a présenté un résumé complet de la preuve et a exposé la façon dont elle a abordé le témoignage des enfants ainsi que toutes les conclusions essentielles sur lesquelles reposent les verdicts. Bien que les motifs ne traitent pas exhaustivement de la preuve, rien n'indique qu'elle n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve ou encore qu'elle ne les a pas appréciés.

La Cour d'appel a eu raison de statuer que le certificat de déclaration de culpabilité du père de M. K. n'était pas admissible en appel parce qu'il n'aurait pas pu raisonnablement modifier l'issue du procès.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Attorney-General c. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

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. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134, conf. par [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. c. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132; *R. c. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361; *R. c. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318; *R. c. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249; *R. c. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60; *Koury c. The Queen*, [1964] R.C.S. 212; *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. c. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178; *R. c. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (QL); *R. c. Hynes* (1994),

(2d) 134; *R. v. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991, aff'g (1989), 95 A.R. 304; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226; *R. v. Tortone*, [1993] 2 S.C.R. 973; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1996, release 28).
 McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549.
 Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 1995, release 1).
 Paciocco, David M. "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.
Phipson on Evidence, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81, dismissing the appeal of the accused from their conviction on various offences involving the sexual and physical abuse of children. Appeal allowed and acquittal entered in the case of D.W., L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ. dissenting. Appeal allowed and new trial ordered in the case of D.R. and H.R., L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Roger J. Kergoat, for the appellant D.R.

134 N.S.R. (2d) 134; *R. c. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991, conf. (1989), 95 A.R. 304; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226; *R. c. Tortone*, [1993] 2 R.C.S. 973; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1996, release 28).
 McGillivray, Anne. «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549.
 Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 1995, release 1).
 Paciocco, David M. «The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know» (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.
Phipson on Evidence, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81, qui a rejeté l'appel des accusés contre leurs déclarations de culpabilité de diverses infractions d'abus sexuels et physiques commis sur des enfants. Pourvoi accueilli et acquittement inscrit dans le cas de D.W., les juges L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci sont dissidents. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée dans le cas de D.R. et de H.R., le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Roger J. Kergoat, pour l'appelant D.R.

John D. Hillson, for the appellant H.R.

Donald L. MacKinnon, for the appellant D.W.

Kenneth W. MacKay, Q.C., for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. was delivered by

MAJOR J. — On January 30, 1996 the following judgment of the Court was delivered by the Chief Justice:

In the case of D.W., the appeal is allowed, and an acquittal is entered. Dissenting, Justices Cory and Iacobucci would have ordered a new trial; Justice L'Heureux-Dubé would dismiss.

In the case of D.R. and H.R., the appeal is allowed and a new trial is ordered. Dissenting, Justice L'Heureux-Dubé would dismiss.

Reasons to follow.

The following are the reasons of the majority:

This appeal arose from the trial and conviction of the appellants for sexual abuse and assault of the three complainant children. Donald Leo R. (D.R.) was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and acquitted of two counts of incest, three counts of gross indecency and two counts of assault. Helen Susan R. (H.R.) was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and acquitted of one count of incest, three counts of gross indecency and four counts of assault. Donald George W. (D.W.) was convicted of three counts of sexual assault, and acquitted of two counts of gross indecency and one count of assault.

I. Facts

The appellants D.R. and H.R. are the natural parents of the complainants, Michael R., who was born in 1979, and Michelle R. and Kathleen (Kathy) R., twins who were born in 1982. The

John D. Hillson, pour l'appelante H.R.

Donald L. MacKinnon, pour l'appelant D.W.

Kenneth W. MacKay, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Le 30 janvier 1996, le Juge en chef a rendu le jugement suivant au nom de la Cour:

Dans l'affaire D.W., le pourvoi est accueilli et un verdict d'acquittal est inscrit. Dissidents, les juges Cory et Iacobucci auraient ordonné un nouveau procès, et le juge L'Heureux-Dubé aurait rejeté le pourvoi.

Dans l'affaire de D.R. et de H.R., le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. Dissidente, le juge L'Heureux-Dubé rejeterait le pourvoi.

Motifs à suivre.

Voici les motifs des juges majoritaires:

Le présent pourvoi découle du procès et de la condamnation des appelants pour abus sexuels et voies de fait commis sur les trois enfants plaignants. Donald Leo R. (D.R.) a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquitté relativement à deux chefs d'inceste, trois chefs de grossière indécence et deux chefs de voies de fait. Helen Susan R. (H.R.) a été déclarée coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquittée relativement à un chef d'inceste, trois chefs de grossière indécence et quatre chefs de voies de fait. Donald George W. (D.W.) a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et acquitté relativement à deux chefs de grossière indécence et un chef de voies de fait.

I. Les faits

Les appelants D.R. et H.R. sont les parents naturels des plaignants, Michael R. qui est né en 1979, ainsi que Michelle R. et Kathleen (Kathy) R., des jumelles nées en 1982. L'appelant D.W. est l'ami

appellant D.W. is the boyfriend of H.R., now divorced from D.R. All the appellants are deaf; only D.W. is able to speak.

de H.R., qui est maintenant divorcée de D.R. Tous les appelants sont sourds; seul D.W. peut parler.

4 The appellants were jointly charged with several counts of sexual assault and gross indecency, and one count of assault, arising out of alleged incidents involving the children between January 1, 1983 and December 31, 1989. In this time period the children ranged in age from one to ten. D.R. and H.R. were also charged with incest and several additional counts of assault causing bodily harm.

Les appelants ont été accusés conjointement de plusieurs chefs d'agression sexuelle et de grossière indécence, ainsi que d'un chef de voies de fait, à la suite d'incidents impliquant les enfants, qui seraient survenus entre le 1^{er} janvier 1983 et le 31 décembre 1989. Pendant cette période, l'âge des enfants variait de un à dix ans. D.R. et H.R. ont été également accusés d'inceste et de plusieurs autres chefs de voies de fait causant des lésions corporelles.

5 D.R. and H.R. were married in 1979 when she was 21 and he was 48. She had a drinking problem, and their relationship was unstable. The couple had difficulty raising their children. The Department of Social Welfare was involved as early as 1983, when the twins were hospitalized because of malnutrition. By 1986, H.R. was spending most of her time away from the home, and began a relationship with D.W. As a result, primary care for the children fell on D.R. His failure to adequately take care of the children led to their placement in the K. foster home in February 1987. At that time, Michael was seven years old and the twins were five. The children had frequent unsupervised visits with D.R. until September 1987. They had only sporadic, supervised visits with H.R. and D.W.

D.R. et H.R. se sont mariés en 1979 alors qu'elle était âgée de 21 ans et lui, de 48 ans. Elle avait un problème de consommation d'alcool et leur mariage était instable. Le couple éprouvait de la difficulté à élever ses enfants. Le ministère du Bien-être social est intervenu dès 1983, lorsque les jumelles ont été hospitalisées pour malnutrition. Dès 1986, H.R. passait la majeure partie de son temps à l'extérieur du foyer et a entamé une liaison avec D.W. C'est donc à D.R. qu'il incombait d'assurer les soins primaires des enfants. Comme il ne s'en occupait pas adéquatement, il a fallu placer les enfants dans la famille d'accueil K., en février 1987. À cette époque, Michael avait sept ans et les jumelles en avaient cinq. Les enfants ont souvent effectué, jusqu'en septembre 1987, des visites non surveillées chez D.R. Ils n'effectuaient que sporadiquement des visites surveillées chez H.R. et D.W.

6 All three children were observed by Mr. and Mrs. K. to be hyperactive and difficult to control. They appeared to be sexually overt, and were often found kissing and hugging, or naked together in the playroom. Mrs. Garnet Francis taught Michael from September 1986 to the spring of 1989 in a special class for problem children, and noted his aggressive sexual behaviour that included inappropriate touching of other children, undressing, and inviting other children and staff to have sex with

Monsieur et madame K. ont remarqué que les trois enfants étaient hyperactifs et difficiles à maîtriser. Ils semblaient éveillés sur le plan sexuel et on les voyait souvent s'embrasser et s'étreindre, ou encore nus ensemble dans la salle de jeux. Madame Garnet Francis a enseigné à Michael, de septembre 1986 jusqu'au printemps 1989, dans une classe spéciale pour enfants difficiles et elle a remarqué qu'il avait un comportement sexuel agressif qui consistait, notamment, à se livrer à des attouchements inconvenants sur les autres enfants, à se dévêtir et à inviter les autres enfants et les membres du personnel à avoir des relations sexuelles avec lui. On a observé un comportement

him. Similar observations were made of the twins who later attended the same school.

In September 1987, the children visited D.R.'s residence for an overnight stay. When they returned to the K. home, Mrs. K. noticed blood stains on Michelle's underwear. When she asked Michelle what had happened, Michelle said that her daddy had "touched" her. The next day, Mrs. K. took Michelle to Dr. McKenna for a physical examination. Dr. McKenna concluded that Michelle had been subjected to non-accidental trauma of the genital area. Michelle told the doctor that "my deaf daddy spanked my bum then he put his fingers in my bum, it hurt". At trial, Michelle was unable to recall anything about the incident.

By December 12, 1989, Michael's behaviour had deteriorated so badly that the K. family was unable to continue taking care of him. He was removed from the K. home and placed in the foster care of Mr. and Mrs. T. Some time after his arrival at the T. residence, Michael made allegations that he and his sisters had been sexually abused by the K. family. As a result, the twins were removed to the T. residence on May 29, 1990. On June 5, 1990, all three children were examined by Dr. Yelland who found some medical evidence consistent with sexual abuse.

Subsequently, the children began making multiple allegations of sexual abuse against their birth parents, D.W., the K. family and many K. family relatives. In addition, the children claimed that while in the care of their birth parents, they had been witness or party to the killing and eating of babies, as well as the eating and drinking of faeces, blood and urine. At that time, the children began treatment with Ms. Carol Bunko-Ruys, a child therapist.

Sergeant Dueck, a Saskatoon police officer assigned to investigate the allegations, interviewed the children at length in videotaped sessions. The

semblable chez les jumelles, qui ont, par la suite, fréquenté la même école.

En septembre 1987, les enfants sont allés passer la nuit chez D.R. À leur retour dans la famille K., M^{me} K. a remarqué la présence de taches de sang sur les sous-vêtements de Michelle. Lorsqu'elle lui a demandé ce qui était arrivé, l'enfant a répondu que son père l'avait [TRADUCTION] «touchée». Le lendemain, M^{me} K. a emmené Michelle chez le Dr McKenna pour qu'elle subisse un examen médical. Le Dr McKenna a conclu que Michelle avait subi des traumatismes non accidentels aux organes génitaux. Michelle a raconté au médecin: [TRADUCTION] «mon papa sourd m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». Au procès, Michelle a été incapable de se rappeler quoi que ce soit de l'incident.

Dès le 12 décembre 1989, le comportement de Michael avait empiré au point que la famille K. ne pouvait plus s'en occuper. Il a été retiré de ce foyer et confié à la garde nourricière de M. et M^{me} T. Quelque temps après son arrivée chez les T., Michael a soutenu que lui et ses sœurs avaient été victimes d'abus sexuels dans la famille K. Par conséquent, les jumelles ont été placées chez les T. le 29 mai 1990. Le 5 juin 1990, les trois enfants ont été examinés par le Dr Yelland, qui a décelé certains éléments de preuve médicale pouvant laisser croire qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels.

Par la suite, les enfants ont commencé à soutenir qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels de la part de leurs parents naturels, de D.W., de la famille K. et de nombreuses personnes ayant un lien de parenté avec la famille K. En outre, les enfants ont prétendu que, pendant qu'ils étaient sous la garde de leurs parents naturels, ils avaient assisté ou participé à des scènes où des bébés avaient été tués et mangés et où on avait consommé des matières fécales et du sang et de l'urine. À cette époque, les enfants ont commencé à être traités par M^{me} Carol Bunko-Ruys, thérapeute pour enfants.

Le sergent Dueck, un policier de Saskatoon chargé d'enquêter sur ces allégations, a eu avec les enfants de longs entretiens enregistrés sur bande

7

8

9

10

therapist was present at interviews conducted during October and November of 1990.

magnétoscopique. La thérapeute a assisté à ces entretiens qui se sont déroulés pendant les mois d'octobre et de novembre 1990.

11 Dr. Yelland reexamined the children on May 31, 1991, and found further evidence of injuries that he believed was consistent with the types of physical and sexual abuse alleged by the children.

Le Dr Yelland a examiné de nouveau les enfants le 31 mai 1991 et a découvert d'autres traces de blessures qui, croyait-il, pouvaient résulter du genre d'abus physiques et sexuels allégués par les enfants.

12 Based upon the medical evidence and police investigation, the appellants were charged with sexually and physically abusing the children. Mr. and Mrs. K., and several members of their family, including Mr. K.'s father, Peter K., were separately charged with offences arising out of the alleged sexual assault of the children. After the trial of the appellants, Peter K., who had earlier been convicted of an unrelated sexual assault on two neighbourhood girls, pled guilty to charges of sexual assault against the R. children. The remaining charges against the K. family were either withdrawn or stayed.

Compte tenu de la preuve médicale et à la suite de l'enquête policière, les appelants ont été accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement des enfants. Monsieur et madame K., ainsi que plusieurs membres de leur famille, dont le père de M. K., Peter K., ont été accusés séparément d'infractions découlant des allégations d'agression sexuelle des enfants. Après le procès des appelants, Peter K., qui avait déjà été reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement deux jeunes filles du voisinage, épisode sans rapport avec la présente affaire, a plaidé coupable relativement à des accusations d'avoir agressé sexuellement les enfants R. Les autres accusations portées contre la famille K. ont été soit retirées soit suspendues.

13 The appellants were tried by Batten J., sitting without a jury. At the trial, which lasted 22 days, all three children testified under oath. The accused D.R. also gave evidence. D.R. was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and acquitted of two counts of incest, two counts of assault and three counts of gross indecency.

Les appelants ont subi leur procès devant un juge seul, à savoir le juge Batten. Lors du procès, qui a duré 22 jours, les trois enfants ont témoigné sous serment. L'accusé D.R. a également témoigné. Il a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquitté relativement à deux chefs d'inceste, deux chefs de voies de fait et trois chefs de grossière indécence.

14 H.R. was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and was acquitted of one count of incest, four counts of assault and three counts of gross indecency.

H.R. a été déclarée coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquittée relativement à un chef d'inceste, quatre chefs de voies de fait et trois chefs de grossière indécence.

15 D.W. was convicted of three counts of sexual assault, and acquitted of two counts of gross indecency and one count of assault.

D.W. a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle, et acquitté relativement à deux chefs de grossière indécence et un chef de voies de fait.

All the convictions were appealed to the Saskatchewan Court of Appeal, which, by majority, dismissed the appeals: (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81. Vancise J.A. dissented. The appellants bring this appeal as of right based on the dissent.

II. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

The trial judge accepted the evidence that the children acted out and were sexually aggressive at school and in the K. home. She also accepted the evidence of Michelle's out-of-court statements that her father had "touched her". She reviewed the results of Dr. Yelland's two examinations of the children, and reviewed the history of the children's relationship with their birth parents. She accepted the expert evidence given by Dr. Santa Barbara and Dr. Elterman with respect to their description of the behaviour of sexually abused children.

The trial judge found the medical and psychological evidence to be consistent with evidence that the children were sexually abused over a period of time and by persons close to them. She reviewed the testimony of the children, and assessed it in light of the expert evidence regarding the memory of children, and in light of the children's age at trial, state of traumatization, age at the time of the alleged incidents and demeanour when testifying. She canvassed the testimony of each of the three children, including testimony by Michael that his mother had stabbed him with a knife to get blood and had burnt him with a lighter; testimony by Kathy that her father had cut her back and her vagina with a knife; and testimony by all three children that sexual acts had been performed on them by the appellants, and that the children in turn had been forced to perform sexual acts on the appellants.

Toutes les déclarations de culpabilité ont fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan qui, à la majorité, a rejeté les appels: (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81. Le juge Vancise était dissident. Les appelants se pourvoient de plein droit en fonction de cette dissidence.

II. Les juridictions inférieures

A. *La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

Le juge du procès a accepté la preuve que les enfants s'extériorisaient et avaient un comportement sexuel agressif à l'école et au foyer de la famille K. Elle a également accepté en preuve les déclarations extrajudiciaires de Michelle voulant que son père l'ait «touchée». Elle a étudié les résultats des deux examens que le D^r Yelland avait fait subir aux enfants, ainsi que l'historique des rapports que les enfants avaient eu avec leurs parents naturels. Elle a accepté les témoignages d'expert du D^r Santa Barbara et du D^r Elterman, en ce qui concernait leur description du comportement des enfants victimes d'abus sexuels.

Le juge du procès a conclu que la preuve médicale et psychologique était compatible avec celle selon laquelle les enfants avaient, pendant un certain temps, été victimes d'abus sexuels de la part de personnes proches d'eux. Elle a examiné le témoignage des enfants et l'a évalué en fonction de la preuve d'expert concernant la mémoire des enfants et en fonction de l'âge des enfants au moment du procès, de leur traumatisme, de leur âge à l'époque où étaient survenus les incidents allégués et de leur comportement pendant leurs dépositions. Elle a analysé en profondeur le témoignage de chacun des trois enfants, dont celui de Michael voulant que sa mère lui ait donné des coups de couteau pour obtenir du sang et l'ait brûlé au moyen d'un briquet, celui de Kathy voulant que son père lui ait infligé des coupures au dos et au vagin à l'aide d'un couteau, et celui des trois enfants voulant que les appelants aient accompli sur eux des actes sexuels et que les enfants aient été forcés, à leur tour, d'accomplir des actes sexuels sur les appelants.

16

17

18

19 The trial judge found the children's memories of bad touching to have been recounted accurately and credibly. She noted, however, that the children at times created answers and details to dispose of questions put to them at trial, and that the surrounding details of the abuse, such as time and frequency, were often uncertain and confused. She was unable to separate many of the children's beliefs between reality and misconception, but found that the testimony of D.R. helped to explain some of the bizarre testimony of the children. For instance, D.R. testified that the children believed they were eating faeces and drinking urine, even though they were not. While the trial judge accepted D.R.'s evidence that the children were mistaken on this point, she rejected the rest of his testimony.

Le juge du procès a conclu que les enfants avaient fait un récit exact et crédible des souvenirs qu'ils avaient des attouchements répréhensibles. Elle a cependant fait remarquer que les enfants avaient parfois inventé des réponses et des détails pour régler des questions qu'on leur avait posées au procès et que les détails entourant les abus, comme le moment et la fréquence, étaient souvent incertains et vagues. Elle a été incapable de dire, quant à plusieurs croyances des enfants, si elles étaient conformes à la réalité ou s'il s'agissait de méprises de leur part, mais elle a conclu que le témoignage de D.R. aidait à expliquer certains témoignages bizarres des enfants. Par exemple, D.R. a témoigné que les enfants croyaient qu'ils étaient en train de consommer des matières fécales et de boire de l'urine, alors que ce n'était pas le cas. Tout en acceptant le témoignage de D.R. voulant que les enfants se soient trompés sur ce point, le juge du procès a rejeté le reste de sa déposition.

20 The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the children had suffered sexual abuse at the hands of each accused. However, she was left with a reasonable doubt as to whether the children were made to touch the private parts of the accused, and as to whether intercourse ever occurred. As a result, she entered convictions on sexual assault, and acquitted the accused of gross indecency and incest. She convicted D.R. and H.R. of two counts of assault, and acquitted all the accused on the remaining counts of assault.

Le juge du procès était convaincue hors de tout doute raisonnable que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels de la part de chacun des accusés. Cependant, il persistait chez elle un doute raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés de toucher les parties génitales des accusés et s'il y avait jamais eu des relations sexuelles. Par conséquent, elle a prononcé des déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et a acquitté les accusés relativement aux chefs de grossière indécence et d'inceste. Elle a déclaré D.R. et H.R. coupables relativement à deux chefs de voies de fait et a acquitté tous les accusés à l'égard des autres chefs de voies de fait.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*

B. *La Cour d'appel de la Saskatchewan*

(1) Cameron J.A. for the Majority

(1) Le juge Cameron, au nom de la majorité

21 Cameron J.A. found that the trial judge had not improperly restricted the appellants from cross-examining Ms. Bunko-Ruys using the transcripts of the videotaped interviews between the children and Sergeant Dueck. He stated that since Ms. Bunko-Ruys was not qualified to express an opinion regarding the interview techniques used and their possible influence on the memories of the

Le juge Cameron a conclu que le juge du procès n'avait pas eu tort d'empêcher les appelants de contre-interroger M^{me} Bunko-Ruys à l'aide des transcriptions des entretiens entre les enfants et le sergent Dueck, qui avaient été enregistrés sur bande magnétoscopique. Il a déclaré que, comme M^{me} Bunko-Ruys n'était pas qualifiée pour exprimer une opinion sur les techniques d'entrevue uti-

children, she could not be cross-examined on those matters.

Cameron J.A. concluded that Michelle's out-of-court statements were admissible as they were necessary. He also held that the trial judge's assessment of the reliability of the statements was based on her findings of fact, with which he could not interfere. Even if there was an error in the admission of the statements, their exclusion would not have made a difference in the outcome of the trial, as Cameron J.A. would have invoked s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

On the issue of whether the examination of the appellants' expert, Dr. Elterman, had been unduly restricted, Cameron J.A. agreed with the trial judge that it had not, as Dr. Elterman had left to clear implication what he was prevented from stating explicitly.

Cameron J.A. found that the trial judge's findings of credibility were not unreasonable, having regard to the great deference to be accorded to trial judges and the inherent limits of an appellate court in reviewing determinations of credibility. Cameron J.A. found that the verdicts in this case were not unreasonable.

Finally, Cameron J.A. concluded that the evidence of Peter K.'s certificate of conviction was not admissible because it did not satisfy all the criteria laid down in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. In particular, he found the admission of the evidence would not have affected the outcome of the trial.

(2) Vancise J.A., Dissenting

On the subject of fresh evidence, Vancise J.A. appeared to believe that the certificate confirming the conviction of Peter K. was admitted as fresh evidence during the appeal. He stated that the new

lisées et leur influence possible sur la mémoire des enfants, elle ne pouvait pas être contre-interrogée sur ces points.

Le juge Cameron a statué que les déclarations extrajudiciaires de Michelle étaient admissibles puisqu'elles étaient nécessaires. Il a également conclu que l'évaluation par le juge du procès de la fiabilité des déclarations était fondée sur ses conclusions de fait, qu'il ne pouvait pas modifier. Même si on avait eu tort d'admettre ces déclarations, leur exclusion n'aurait rien changé à l'issue du procès alors que le juge Cameron aurait invoqué le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Quant à savoir si l'interrogatoire de l'expert des appelants, le Dr Elterman, avait été limité indûment, le juge Cameron s'est dit d'accord avec le juge du procès pour affirmer que ce n'était pas le cas, étant donné que le Dr Elterman avait laissé entendre clairement ce qui lui avait été interdit de déclarer expressément.

Le juge Cameron a décidé que les conclusions du juge du procès relatives à la crédibilité n'étaient pas déraisonnables, compte tenu de la grande déférence dont il faut faire preuve envers les juges du procès et des limites inhérentes auxquelles un tribunal d'appel est astreint en examinant des décisions relatives à la crédibilité. Le juge Cameron a conclu que les verdicts rendus en l'espèce n'étaient pas déraisonnables.

Enfin, le juge Cameron a conclu que la preuve concernant le certificat de déclaration de culpabilité de Peter K. n'était pas admissible parce qu'elle ne satisfaisait pas à tous les critères énoncés dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Il a notamment conclu que l'admission de la preuve n'aurait pas influé sur l'issue du procès.

(2) Le juge Vancise, dissident

Au sujet de la nouvelle preuve, le juge Vancise a paru croire que le certificat confirmant la déclaration de culpabilité de Peter K. était admis comme nouvelle preuve durant l'appel. Il a déclaré que la

22

23

24

25

26

evidence was directly relevant to the issue of the identity of the perpetrator of the sexual assaults.

27 Vancise J.A. found that Michelle's out-of-court statements were necessary, but not sufficiently reliable. He referred to evidence indicating that the assault on Michelle might have been carried out by Michael, and found that Michelle's statements were as consistent with protecting Michael as with telling the truth.

28 On the issue of Dr. Elterman's evidence, Vancise J.A. found it to be admissible as an evidentiary basis on which the trial judge could make determinations of credibility.

29 Vancise J.A. found that the trial judge erred in restricting the cross-examination of Ms. Bunko-Ruys, as the issue of the credibility of the children was not collateral, but the main issue in the case.

30 Vancise J.A. then noted that nothing in the trial judge's reasons indicated the basis on which she found the appellants guilty. Further, the evidence that might have led to the sexual assault and the assault convictions was contradicted by other evidence and the trial judge did not deal with the contradictory evidence, nor did she deal with the improbable circumstances surrounding the allegations testified to by the children.

31 He concluded evidence of sexual assault was too intricately wound up with the evidence of gross indecency, that the trial judge should not have had a reasonable doubt on gross indecency while convicting on sexual assault. The verdicts were unreasonable. Vancise J.A. would have quashed the convictions.

III. Issues

1. Were Michelle's out-of-court statements sufficiently reliable to have been admitted at trial?

nouvelle preuve concernait directement la question de l'identité de l'auteur des agressions sexuelles.

Le juge Vancise a conclu que les déclarations extrajudiciaires de Michelle étaient nécessaires, mais pas suffisamment dignes de foi. Il s'est reporté à la preuve indiquant que l'auteur des voies de fait subies par Michelle aurait pu être Michael et il a jugé que les déclarations de Michelle pouvaient être interprétées autant comme visant à protéger Michael qu'à dire la vérité.

Quant au témoignage du Dr Elterman, le juge Vancise a conclu qu'il était admissible comme preuve sur laquelle le juge du procès pouvait s'appuyer pour se prononcer sur la crédibilité.

Le juge Vancise a statué que le juge du procès avait commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire de M^{me} Bunko-Ruys, étant donné que la question de la crédibilité des enfants n'était pas accessoire, mais représentait la principale question en l'espèce.

Le juge Vancise a alors fait remarquer que rien dans les motifs du juge du procès n'indiquait sur quoi elle s'était fondée pour conclure à la culpabilité des appelants. De plus, la preuve qui aurait pu mener aux déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de voies de fait était contredite par d'autres éléments de preuve, et le juge du procès n'a pas examiné les éléments de preuve contradictoires ni les circonstances improbables entourant les allégations visées par le témoignage des enfants.

Il a conclu que la preuve d'agression sexuelle se confondait trop avec la preuve de grossière indécence pour que le juge du procès puisse avoir un doute raisonnable au sujet de la grossière indécence en prononçant le verdict de culpabilité d'agression sexuelle. Les verdicts n'étaient pas raisonnables. Le juge Vancise aurait annulé les déclarations de culpabilité.

III. Les questions en litige

1. Les déclarations extrajudiciaires de Michelle étaient-elles suffisamment dignes de foi pour être admises au procès?

- | | |
|---|--|
| <p>2. Should Dr. Elterman have been permitted to testify as to the type of memory the children had of specific incidents of alleged abuse?</p> <p>3. Were the appellants entitled to cross-examine Ms. Bunko-Ruys using the transcripts of the videotaped interviews?</p> <p>4. Was the evidence sufficient to support D.W.'s conviction for sexual assault?</p> <p>5. Were the trial judge's findings regarding D.R. and H.R. inconsistent in respect of the sexual offences?</p> <p>6. Were the trial judge's reasons inadequate in respect of D.R.'s and H.R.'s convictions for assault?</p> <p>7. Should the certificate confirming the conviction of Peter K. for sexual assault have been admitted as fresh evidence?</p> | <p>2. Le Dr Elterman aurait-il dû être autorisé à témoigner au sujet du type de souvenir que les enfants conservaient de cas précis où des abus auraient été commis?</p> <p>3. Les appelants avaient-ils le droit de contre-interroger M^{me} Bunko-Ruys à l'aide des transcriptions des entretiens enregistrés sur bande magnétoscopique?</p> <p>4. La preuve était-elle suffisante pour justifier la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre D.W.?</p> <p>5. Les conclusions que le juge du procès a tirées au sujet de D.R. et H.R. étaient-elles incohérentes relativement aux infractions d'ordre sexuel?</p> <p>6. Les motifs du juge du procès étaient-ils insuffisants en ce qui concernait les déclarations de culpabilité de voies de fait prononcées contre D.R. et H.R.?</p> <p>7. Le certificat confirmant la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre Peter K. aurait-il dû être admis comme nouvelle preuve?</p> |
|---|--|

IV. Analysis

A. *Out-of-Court Statements*

When the R. children returned to the K. foster home after an unsupervised overnight stay at D.R.'s residence in September 1987, Mrs. K. noticed blood on Michelle's underpants. She asked her what had happened, and Michelle replied "daddy touched me". The next day, Mrs. K. took Michelle to Dr. McKenna for an examination. Dr. McKenna testified that Michelle told her that "my deaf daddy spanked my bum and then he put his fingers in my bum, it hurt". The question of the admissibility of these statements arose because Michelle was unable to remember anything about the incident.

In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, it was held that in order for out-of-court statements to be

IV. Analyse

A. *Les déclarations extrajudiciaires*

Lorsque les enfants R. sont retournés dans la famille d'accueil K. après avoir passé une nuit sans surveillance chez D.R. en septembre 1987, M^{me} K. a remarqué la présence de sang sur la petite culotte de Michelle. Elle lui a demandé ce qui était arrivé, et Michelle a répondu: [TRADUCTION] «papa m'a touchée». Le lendemain, M^{me} K. a emmené Michelle chez le Dr McKenna pour qu'elle subisse un examen. Le médecin a témoigné que Michelle lui avait dit: [TRADUCTION] «mon papa sourd m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». La question de l'admissibilité de ces déclarations s'est posée parce que Michelle a été incapable de se rappeler quoi que ce soit de l'incident.

Dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, on a jugé que, pour que des déclarations extrajudi-

admitted for the truth of their contents, the statements must be both necessary and reliable.

34 The requirement of reliability was elaborated on in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. It is not necessary that the statements be absolutely reliable, but a circumstantial guarantee of trustworthiness must be established in order for the statements to be admitted. The statements will be inadmissible where the hearsay evidence is equally consistent with other hypotheses.

35 In my opinion, Michelle's statements were not sufficiently reliable to be admitted. There was evidence suggesting that Michael may have assaulted Michelle at D.R.'s residence at the time in question. In particular, Michael admitted to having had sex with both his sisters in the bathroom at D.R.'s home on the visit in question. D.R. testified that he had found Michelle and Michael together in the bathroom on the same day that Mrs. K. noticed the blood spots on Michelle's underpants. As well, there was evidence that the children tended to lie to cover up the sexual activity that took place between them. In the result, Michelle's statements are as consistent with the hypothesis that she was protecting Michael as they are with her having been sexually assaulted by D.R. No circumstantial guarantee of trustworthiness has been established. The trial judge erred in admitting the statements.

B. *Dr. Elterman's Evidence*

36 The defence called Dr. Elterman, who was qualified as an expert in the area of child development and characteristics of child abuse. Dr. Elterman testified that children have two types of memories: visual memory, which is based on experience, and verbal memory, which is learned. Dr. Elterman testified that the children's memories of their parents and of what happened when they lived with their parents was verbal memory. He stated:

ciaires soient admises comme preuve de la véracité de leur contenu, elles doivent être à la fois nécessaires et dignes de foi.

L'exigence de fiabilité a été formulée dans *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Pour que les déclarations soient admises, il n'est pas nécessaire qu'elles soient absolument dignes de foi, mais il doit y avoir une garantie circonstancielle de fiabilité. Elles seront inadmissibles si la preuve par ouï-dire est également compatible avec d'autres hypothèses.

À mon avis, les déclarations de Michelle n'étaient pas suffisamment dignes de foi pour être admises. Il y avait des éléments de preuve qui laissaient croire que Michael pouvait avoir agressé Michelle chez D.R., à l'époque en question. Michael a notamment admis avoir eu des relations sexuelles avec ses deux sœurs dans la salle de bains de D.R., lors de la visite en question. D.R. a témoigné qu'il avait trouvé Michelle et Michael ensemble dans la salle de bains, le jour même où Mme K. a remarqué la présence de taches de sang sur la petite culotte de Michelle. De même, il a été prouvé que les enfants avaient tendance à mentir pour cacher les activités sexuelles auxquelles ils se livraient entre eux. En définitive, les déclarations de Michelle sont aussi compatibles avec l'hypothèse selon laquelle elle protégeait Michael qu'elles le sont avec celle voulant qu'elle ait été agressée sexuellement par D.R. Aucune garantie circonstancielle de fiabilité n'a été fournie. Le juge du procès a commis une erreur en admettant ces déclarations.

B. *Le témoignage du Dr Elterman*

La défense a appelé à témoigner le Dr Elterman, qui était un expert reconnu dans le domaine du développement de l'enfant et des caractéristiques des mauvais traitements infligés aux enfants. Le Dr Elterman a témoigné que les enfants ont deux types de mémoire: une mémoire visuelle, qui est fondée sur l'expérience, et une mémoire verbale, qui est acquise. Il a affirmé que le souvenir que les enfants avaient de leurs parents et de ce qui était survenu quand ils vivaient avec eux relevait de la mémoire verbale. Il a dit:

... it was quite clear to me after speaking to all three of them that their recollections of their birth parents, and what happened there, is what you can call verbal memory. In other words, they say it because they say that, "I know that it happened, but I can't remember it happening", whereas when they talk about what happened at the [K's] they can both — they can both say it and remember it, and they also have visual memories. And I asked Michael whether he had pictures in his mind, whether he has visual memories of things that took place in his parents' home, and he said no. So his memory of what happened is one of information.

The appellants wanted to elicit further information from Dr. Elterman regarding what the complainants told him they could remember visually or verbally about specific events. The trial judge prevented Dr. Elterman from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events, finding that to do so would usurp the function of the court in making findings of credibility.

This Court considered the principles to be applied in the case of expert testimony introduced to explain human behaviour in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223. McLachlin J., for the majority, said, at p. 249:

... there is a growing consensus that while expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact.

Expert testimony is admissible even if it relates directly to the ultimate question which the trier of fact must answer. In *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 666, McLachlin J., writing for the Court, said:

While care must be taken to ensure that the judge or jury, and not the expert, makes the final decisions on all issues in the case, it has long been accepted that expert

[TRADUCTION] ... il était tout à fait clair pour moi, après avoir parlé aux trois enfants, que le souvenir qu'ils avaient de leurs parents naturels et de ce qui s'y était passé relevait de ce qu'on pourrait appeler la mémoire verbale. Autrement dit, c'est ce qu'ils affirment parce qu'ils disent: «Je sais que ça s'est produit, mais je ne puis m'en souvenir», tandis que, lorsqu'ils parlent de ce qui s'est produit chez [les K.], ils peuvent à la fois — ils peuvent à la fois le dire et s'en souvenir, et ils ont aussi des souvenirs visuels. Et j'ai demandé à Michael s'il avait des images dans sa tête, s'il avait des souvenirs visuels de choses qui ont eu lieu chez ses parents, et il a dit non. Donc, le souvenir qu'il a de ce qui s'est produit est un souvenir de renseignements.

Les appelants ont voulu obtenir d'autres renseignements du Dr Elterman relativement à ce que les plaignants lui avaient dit pouvoir se souvenir visuellement ou verbalement au sujet d'événements précis. Le juge du procès a empêché le Dr Elterman de témoigner au sujet des conclusions qu'il avait tirées sur la fiabilité du souvenir que les enfants avaient d'événements précis, concluant que cela reviendrait à usurper le rôle qui incombe à la cour de tirer des conclusions relatives à la crédibilité.

Dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, notre Cour a examiné les principes à appliquer dans le cas d'un témoignage d'expert présenté pour expliquer le comportement humain. Le juge McLachlin affirme, au nom de la majorité, à la p. 249:

... il est de plus en plus largement reconnu que, si le témoignage d'expert sur la crédibilité d'un témoin n'est pas admissible, le témoignage d'expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu'il aille au-delà de l'expérience ordinaire du juge des faits.

Le témoignage d'expert est admissible même s'il se rapporte directement à la question à laquelle le juge des faits doit répondre en définitive. Dans l'arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 666, le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour:

Même s'il faut veiller à ce que ce soit le juge ou le jury, et non l'expert, qui prenne une décision définitive sur toutes les questions en litige, il est admis depuis

37

38

39

evidence on matters of fact should not be excluded simply because it suggests answers to issues which are at the core of the dispute before the court. . . .

longtemps que la preuve d'expert sur des questions de fait ne devrait pas être écartée simplement parce qu'elle suggère des réponses aux questions qui sont au cœur du litige soumis au tribunal . . .

40 Dr. Elterman's testimony was relevant to the issue of the reliability of the children's memories of their birth parents, memories which he suggested had been "learned" and which could not be independently recalled. The credibility of the children was central to the disposition of the case, and considering the nature of the children's evidence, any explanation of their otherwise incredible behaviour could only aid the trier of fact in accurately assessing their credibility. Dr. Elterman's testimony should have been admitted as an evidentiary basis upon which the children's credibility could have been judged.

Le témoignage du D^r Elterman était pertinent quant à la question de la fiabilité du souvenir que les enfants avaient de leurs parents naturels, souvenir qui, selon lui, avait été «acquis» et qui ne pouvait pas être évoqué séparément. La crédibilité des enfants était cruciale pour trancher l'affaire et, compte tenu de la nature du témoignage des enfants, toute explication de leur comportement par ailleurs incroyable ne pouvait qu'aider le juge des faits à bien évaluer leur crédibilité. Le témoignage du D^r Elterman aurait dû être admis comme preuve sur laquelle on aurait pu s'appuyer pour juger de la crédibilité des enfants.

C. Cross-Examination of Ms. Bunko-Ruys

C. Le contre-interrogatoire de M^{me} Bunko-Ruys

41 Ms. Bunko-Ruys was the children's therapist. She was qualified as an expert in the behavioural, social and emotional characteristics of sexually abused children. Ms. Bunko-Ruys had been present during the videotaped interviews of the children conducted by Sergeant Dueck. The appellants sought to cross-examine Ms. Bunko-Ruys on the interview techniques employed during those interviews using unproved copies of the transcripts of those interviews. They were seeking to discredit the child witnesses, or prove that the children had been coached or manipulated. They did not seek to admit the transcripts into evidence, nor did they question Sergeant Dueck or Dr. Elterman about the interview techniques used. The trial judge refused to permit the use of the transcripts in the cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. She was concerned that, if the evidence was to be used to show that there had been coaching or manipulation, it was collateral.

Madame Bunko-Ruys était la thérapeute des enfants. C'était un expert reconnu dans le domaine des caractéristiques comportementales, sociales et affectives des enfants victimes d'abus sexuels. Madame Bunko-Ruys avait assisté aux entretiens que le sergent Dueck avait eus avec les enfants et qui avaient été enregistrés sur bande magnéto-scopique. Les appelants ont cherché à contre-interroger M^{me} Bunko-Ruys sur les techniques d'entrevue utilisées durant ces entretiens, en se servant de copies non mises en preuve des transcriptions de ces entretiens. Ils cherchaient à discréditer les enfants témoins ou à prouver que les enfants avaient été influencés ou manipulés. Ils n'ont pas cherché à faire admettre les transcriptions en preuve et n'ont pas non plus interrogé le sergent Dueck ou le D^r Elterman sur les techniques d'entrevue utilisées. Le juge du procès a refusé que l'on se serve des transcriptions pour contre-interroger M^{me} Bunko-Ruys. Elle s'inquiétait de ce que, si cette preuve était utilisée pour montrer que les enfants avaient été influencés ou manipulés, elle serait de nature accessoire.

42 The test for whether an issue is collateral was set out by Pollock C.B. in *Attorney-General v. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, at p. 42:

Le critère applicable pour déterminer si une question est accessoire a été établi par le baron en chef Pollock dans *Attorney-General c. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, à la p. 42:

... the test, whether the matter is collateral or not, is this: if the answer of a witness is a matter which you would be allowed on your part to prove in evidence — if it have such a connection with the issue, that you would be allowed to give it in evidence — then it is a matter on which you may contradict him.

The credibility of the children was at the heart of the case against the appellants. The appellants would have been entitled to lead evidence on the effect of the interview techniques on the memories of the children and accordingly, met the test in *Hitchcock*. Any evidence that might have cast doubt on the children's credibility, or that might show that the children had been subjected to coaching and manipulation, was evidence that would have been crucial to the appellants' case.

Cross-examination is a fundamental aspect of a fair trial: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. This principle was also recognized in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, where McLachlin J., for the majority, said, at p. 608:

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution.

Thus, given the importance of the right to cross-examine witnesses, and the fact that the issue of the children's credibility was central to the allegations against the accused, the trial judge erred in restricting the cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. Whether Ms. Bunko-Ruys was an expert on interview techniques is immaterial, as the scope of cross-examination of an expert is not restricted to his or her area of expertise. The fact that the appellants might have made other use of the transcripts, or introduced them into evidence, is irrelevant in determining whether the appellants were wrongly restricted in their cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. The appellants should have been allowed to cross-examine Ms. Bunko-Ruys using the transcripts of the interviews.

[TRADUCTION] ... le critère applicable pour déterminer si la question est accessoire est le suivant: si la réponse d'un témoin porte sur un point que vous seriez autorisé à présenter en preuve — si cela a un tel lien avec la question en litige que vous seriez autorisé à le présenter en preuve — alors c'est un point sur lequel vous pouvez le contredire.

La crédibilité des enfants était au cœur de la preuve qui pesait contre les appelants. Ces derniers auraient eu le droit de produire une preuve concernant l'effet des techniques d'entrevue sur la mémoire des enfants et ils satisfaisaient donc au critère énoncé dans l'arrêt *Hitchcock*. Tout élément de preuve qui aurait pu susciter un doute quant à la crédibilité des enfants ou qui pourrait montrer que les enfants avaient été influencés et manipulés était un élément de preuve qui aurait été crucial pour la preuve des appelants.

Le contre-interrogatoire est un aspect fondamental d'un procès équitable: voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. Ce principe a également été reconnu dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, où le juge McLachlin affirme, au nom de la majorité, à la p. 608:

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite.

Ainsi, compte tenu de l'importance du droit de contre-interroger des témoins et du fait que la question de la crédibilité des enfants était au cœur des allégations contre les accusés, le juge du procès a commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire de M^{me} Bunko-Ruys. Il importe peu que M^{me} Bunko-Ruys ait été un expert en techniques d'entrevue, étant donné que l'étendue du contre-interrogatoire d'un expert n'est pas restreinte à son domaine d'expertise. Le fait que les appelants auraient pu faire un autre usage des transcriptions ou les présenter en preuve est sans importance pour ce qui est de déterminer si les appelants ont été limités à tort dans leur contre-interrogatoire de M^{me} Bunko-Ruys. Les appelants auraient dû être autorisés à contre-interroger M^{me} Bunko-Ruys à l'aide des transcriptions des entretiens.

43

44

45

D. Sufficiency of Evidence

46 All three appellants were convicted of sexual assault. The medical and psychological evidence led at trial established that the children had been sexually abused, but by whom?

47 The children's testimony of the abuse they suffered by different appellants was often identical. For example, the trial judge referred to Michael's testimony about D.R. that he "put his penis in my bum, and I put my penis in his bum, and then he made me suck his penis". She then referred to Michael's testimony about D.W. that he "put his penis in my bum, and I put my penis in his bum, and then I sucked his penis". While identical evidence is not necessarily unreliable, similarity of evidence is a factor to be considered when assessing its weight. This is particularly true in the circumstances of this case, where questions had arisen regarding the possible effect of verbal repetition on the memories of the children. The other evidence supporting the conviction of D.W. for sexual assault was similar to that described above and, on the facts of this case, was incapable of sustaining a conviction.

E. Inconsistency of Findings

48 Unlike D.W., in the cases of D.R. and H.R., there was at least some additional evidence at trial, from Mrs. K., and Mrs. Francis, that might indicate that the children had been sexually abused while they lived with their birth parents.

49 The trial judge stated that she was satisfied that the children recounted their memories of improper touching accurately and credibly. She accepted the children's testimony in regard to the sexual acts performed on them by the appellants, but entertained a reasonable doubt as to whether the chil-

D. Caractère suffisant de la preuve

Les trois appelants ont été déclarés coupables d'agression sexuelle. La preuve médicale et psychologique présentée au procès a établi que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels, mais de la part de qui?

Les témoignages des enfants sur les mauvais traitements que différents appelants leur ont fait subir étaient souvent identiques. Par exemple, le juge du procès a mentionné le témoignage de Michael selon lequel D.R. [TRADUCTION] «a mis son pénis dans mes fesses, et j'ai mis mon pénis dans ses fesses, et ensuite il m'a fait sucer son pénis». Puis, elle a mentionné le témoignage de Michael selon lequel D.W. [TRADUCTION] «a mis son pénis dans mes fesses, et j'ai mis mon pénis dans ses fesses, et ensuite j'ai sucé son pénis». Bien que des témoignages identiques ne soient pas nécessairement indignes de foi, la similitude des témoignages est un élément à prendre en considération au moment d'en évaluer le poids. Cela est particulièrement vrai dans les circonstances de la présente affaire, où des questions s'étaient posées quant à l'effet que la répétition verbale pouvait avoir eu sur la mémoire des enfants. L'autre témoignage invoqué à l'appui de la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre D.W. était semblable à celui décrit ci-dessus et n'était pas, d'après les faits de l'affaire, susceptible de justifier une déclaration de culpabilité.

E. Incohérence des conclusions

Contrairement à ce qui s'était produit concernant D.W., dans le cas de D.R. et de H.R., il y avait, au procès, au moins quelques éléments de preuve supplémentaires, de la part de M^{me} K. et de M^{me} Francis, qui pouvaient indiquer que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels pendant qu'ils habitaient chez leurs parents naturels.

Le juge du procès a dit qu'elle était convaincue que les enfants avaient fait un récit exact et crédible des souvenirs qu'ils avaient des attouchements répréhensibles. Elle a accepté le témoignage des enfants relativement aux actes sexuels accomplis sur eux par les appelants, mais elle avait un doute

dren were forced to perform sexual acts on the appellants. She convicted the appellants of sexual assault, while acquitting them of gross indecency. However, the children's testimony supporting the charges of sexual assault was too wound up with their testimony supporting the charges of gross indecency to be logically severable. The evidence of the children did not separate their memories of the offences; rather their recollections linked the commission of the offences of sexual assault and gross indecency. In the circumstances of this case, the trial judge either had to believe the children's testimony to be credible and convict on both, gross indecency and sexual assault, or she had to entertain a reasonable doubt on the whole of the evidence and acquit. There is an irreconcilable inconsistency in the trial judge's findings.

My colleague L'Heureux-Dubé J., in her reasons, states that inconsistent findings are a ground of appeal only where the verdicts are unreasonable. I disagree. There are circumstances where inconsistent findings are serious enough to render a verdict unreasonable, in which case an acquittal will be entered. There are also circumstances where inconsistent findings do not make a verdict unreasonable, but result from an error of law committed by the trial judge, necessitating a new trial. In my view, this case is an example of the latter. The inconsistent findings here resulted when the trial judge erred in law by applying a finding of fact to different questions of law in a manner that was not uniform. The trial judge, when determining whether the elements of the offences of sexual assault and gross indecency had been proven, applied her findings of credibility to those questions inconsistently. This error was not so serious as to make all the verdicts unreasonable, given the test for reasonableness set out in *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168. However, as there was an error of law, a new trial rather than an acquittal

raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés d'accomplir des actes sexuels sur les appelants. Elle a déclaré les appelants coupables d'agression sexuelle tout en les déclarant non coupables de grossière indécence. Cependant, le témoignage des enfants qui étayait les accusations d'agression sexuelle se confondait trop avec leur témoignage à l'appui des accusations de grossière indécence pour qu'on puisse les dissocier logiquement. Dans leur témoignage, les enfants ne distinguaient pas les souvenirs qu'ils avaient des infractions commises; au contraire, leurs souvenirs liaient la perpétration des infractions d'agression sexuelle à celle des infractions de grossière indécence. Dans les circonstances de la présente affaire, le juge du procès devait ou bien croire que le témoignage des enfants était crédible et prononcer un verdict de culpabilité à la fois de grossière indécence et d'agression sexuelle, ou bien avoir un doute raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve, et prononcer l'acquittal. Les conclusions du juge du procès présentent une incohérence inconciliable.

Dans ses motifs, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé affirme que des conclusions incohérentes ne constituent un moyen d'appel que si les verdicts sont déraisonnables. Je ne suis pas de cet avis. Il y a des cas où des conclusions incohérentes sont suffisamment sérieuses pour rendre un verdict déraisonnable, et où un acquittal sera alors prononcé. Il y a également des cas où des conclusions incohérentes ne rendent pas un verdict déraisonnable, mais résultent d'une erreur de droit du juge du procès, nécessitant la tenue d'un nouveau procès. À mon avis, la présente affaire est un exemple d'erreur de droit. En l'espèce, les conclusions incohérentes résultent de l'erreur de droit commise par le juge du procès en appliquant, de manière non uniforme, une conclusion de fait à diverses questions de droit. Pour déterminer si on avait établi l'existence des éléments des infractions d'agression sexuelle et de grossière indécence, le juge du procès a appliqué, de manière non uniforme, à ces questions ses conclusions en matière de crédibilité. Cette erreur n'était pas grave au point de rendre tous les ver-

should be directed for D.R. and H.R. on the sexual assault charges.

F. *Inadequate Reasons*

51 The trial judge convicted H.R. of two counts of assault causing bodily harm against Michael R. D.R. was convicted of one count of assault causing bodily harm against Kathy R., and one count of assault causing bodily harm against Michelle R. Unfortunately, the trial judge did not identify the evidence on which she was basing those convictions.

52 The trial judge did refer to some evidence that might constitute assault causing bodily harm. In particular, she referred to Michael's testimony that his mother had stabbed him with a knife to get blood, and that she alone had burnt him with a lighter. She noted that Dr. Yelland's medical examination in 1991 revealed scars on Michael's body that were consistent with healed burns, and healed knife wounds. The trial judge also referred to evidence led by Kathy that her father had cut her vagina and back with a knife. Dr. Yelland's examination of Kathy revealed a seven-centimetre "S"-shaped scar on her back compatible with a healed cut by a sharp object, like a knife. The trial judge also noted that Dr. Yelland's examination of Michelle revealed scars consistent with cuts and healed second and third degree burns.

dicts déraisonnables, compte tenu du critère applicable pour déterminer le caractère raisonnable, formulé dans l'arrêt *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168. Cependant, vu qu'une erreur de droit a été commise, il y a lieu d'ordonner, pour D.R. et H.R., la tenue d'un nouveau procès plutôt que de prononcer un acquittement relativement aux accusations d'agression sexuelle.

F. *Motifs insuffisants*

Le juge du procès a déclaré H.R. coupable relativement à deux chefs de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à Michael R. D.R. a été déclaré coupable relativement à un chef de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à Kathy R., et à un chef de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à Michelle R. Malheureusement, le juge du procès n'a pas indiqué les éléments de preuve sur lesquels elle se fondait pour prononcer ces déclarations de culpabilité.

Le juge du procès s'est reportée à certains éléments de preuve qui pouvaient établir l'existence de voies de fait ayant causé des lésions corporelles. En particulier, elle s'est reportée au témoignage de Michael voulant que sa mère lui ait donné des coups de couteau pour obtenir du sang et qu'elle seule l'ait brûlé au moyen d'un briquet. Elle a souligné que l'examen médical que le Dr Yelland avait effectué en 1991 révélait la présence sur le corps de Michael de cicatrices qui pouvaient correspondre à des brûlures guéries ainsi qu'à des blessures guéries résultant de coups de couteau. Le juge du procès a aussi mentionné le témoignage de Kathy voulant que son père lui ait infligé des coupures au vagin et au dos à l'aide d'un couteau. L'examen que le Dr Yelland a effectué sur Kathy a révélé la présence dans le dos d'une cicatrice de sept centimètres en forme de «S» qui pouvait correspondre à une coupure guérie causée par un objet tranchant, tel un couteau. Le juge du procès a également fait remarquer que l'examen que le Dr Yelland a effectué sur Michelle a révélé la présence de cicatrices pouvant correspondre à des coupures et des brûlures au deuxième degré et au troisième degré qui étaient alors guéries.

However, the trial judge did not deal with the bizarre and contradictory evidence relating to the assault allegations. For example, when Kathy testified that her father had cut her back, she claimed first that she had to get stitches and stay overnight in a hospital. Then she testified that her hospital stay lasted three weeks. However, there were no records of any such hospital stay. Additionally, there was no medical evidence to support that Kathy or Michelle had ever been penetrated by a knife. There was evidence from Mr. K. that Michael had confessed to attempting to insert a butter knife into Kathy's vagina. There was evidence that the children, and Michael in particular, used to play with knives and fire. Michael testified that Mrs. K., his sisters, and Grandpa V. used to burn him. Michael also testified that when his mother cut him with a knife, she had tied him to a post outside, cut him, collected five drops of blood, and let him go. She then tried to tie him up again, but he got away and ran into the house, where everything was normal again.

It is my view that the trial judge erred in law by failing to address the confusing evidence, and failing to separate fact from fiction. In *Burns, supra*, McLachlin J., writing for the Court, stated, at p. 665:

This statement should not be read as placing on trial judges a positive duty to demonstrate in their reasons that they have completely appreciated each aspect of relevant evidence. The statement does not refer to the case where the trial judge has failed to allude to difficulties in the evidence, but rather to the case where the trial judge's reasons demonstrate that he or she has failed to grasp an important point or has chosen to disregard it, leading to the conclusion that the verdict was not one which the trier of fact could reasonably have reached.

McLachlin J. clearly set out the law regarding the requirement of trial judges to give reasons in *Burns*. However, it should be remembered that *Burns* dealt with a situation where the Court of Appeal agreed the trial judge had evidence before him to support the conclusion he reached, but

Toutefois, le juge du procès n'a pas traité des éléments de preuve bizarres et contradictoires concernant les allégations de voies de fait. Par exemple, lorsque Kathy a témoigné que son père lui avait infligé des coupures au dos, elle a d'abord prétendu qu'elle avait dû recevoir des points de suture et passer la nuit à l'hôpital. Elle a ensuite témoigné que son séjour à l'hôpital avait duré trois semaines. Cependant, il n'existe aucun dossier attestant d'un tel séjour à l'hôpital. En outre, il n'y avait aucune preuve médicale que Kathy ou Michelle ait jamais été pénétrée d'un couteau. Monsieur K. a témoigné que Michael avait avoué avoir essayé d'introduire un couteau à beurre dans le vagin de Kathy. Il y avait une preuve que les enfants, et Michael en particulier, avaient l'habitude de jouer avec le feu et des couteaux. Michael a témoigné que M^{me} K., ses sœurs et le grand-père V. avaient l'habitude de le brûler. Michael a également témoigné que, lorsque sa mère lui a infligé une coupure avec un couteau, elle l'avait attaché à un poteau à l'extérieur, lui avait infligé une coupure, avait recueilli cinq gouttes de sang et l'avait laissé aller. Elle avait ensuite essayé de l'attacher de nouveau, mais il s'était enfui dans la maison, où tout était redevenu normal.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne traitant pas des éléments de preuve déroutants et en ne distinguant pas la réalité de la fiction. Dans l'arrêt *Burns*, précité, le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour, à la p. 665:

Il n'y a pas lieu d'interpréter cet énoncé comme imposant au juge du procès l'obligation positive de démontrer, dans ses motifs, qu'il a apprécié entièrement chaque aspect de la preuve pertinente. Il vise non pas le cas où le juge du procès n'a pas fait allusion à des difficultés posées par la preuve, mais plutôt celui où les motifs du juge du procès démontrent qu'il n'a pas saisi un point important ou qu'il a choisi de ne pas en tenir compte, ce qui amènerait à conclure que le juge des faits n'a pas rendu un verdict raisonnable.

Dans l'arrêt *Burns*, le juge McLachlin a exposé clairement le droit relatif à l'obligation des juges du procès d'exposer leurs motifs. Cependant, il y a lieu de se rappeler que, dans cette affaire, la Cour d'appel a reconnu que le juge du procès disposait d'une preuve qui lui permettait de tirer la conclu-

overturned the verdict due to lack of reasons. The above-quoted passage does not stand for the proposition that trial judges are never required to give reasons. Nor does it mean that they are always required to give reasons. Depending on the circumstances of a particular case, it may be desirable that trial judges explain their conclusions. Where the reasons demonstrate that the trial judge has considered the important issues in a case, or where the record clearly reveals the trial judge's reasons, or where the evidence is such that no reasons are necessary, appellate courts will not interfere. Equally, in cases such as this, where there is confused and contradictory evidence, the trial judge should give reasons for his or her conclusions. The trial judge in this case did not do so. She failed to address the troublesome evidence, and she failed to identify the basis on which she convicted D.R. and H.R. of assault. This is an error of law necessitating a new trial.

G. Admission of Fresh Evidence

56 After the appellants' trial had been disposed of, Peter K., the father of Mr. K., pled guilty to charges of sexual assault against each of the R. children. The appellants sought to have his certificate of conviction admitted as fresh evidence.

57 The test for the admission of fresh evidence was articulated in *Palmer, supra*, and remains the appropriate test. As this appeal has been decided on other grounds, it is unnecessary to deal with this issue.

V. Disposition

58 My colleague L'Heureux-Dubé J. points out that sexual abuse of children is prevalent in our society and difficult to prosecute. My inability to agree with her disposition of this case is not a failure to recognize these difficulties but a reluctance to

sion à laquelle il est arrivé, mais qu'elle a annulé le verdict en raison de l'absence de motifs. Le passage ci-dessus ne signifie pas que les juges du procès ne sont jamais tenus d'exposer leurs motifs. Il ne veut pas dire non plus qu'ils sont toujours tenus de le faire. Selon les circonstances d'une affaire donnée, il peut être souhaitable que le juge du procès explique ses conclusions. Les tribunaux d'appel n'interviendront pas lorsque les motifs montrent que le juge du procès a examiné les questions importantes d'une affaire, ou lorsque les motifs du juge du procès ressortent clairement du dossier ou que la preuve est telle qu'il n'est pas nécessaire d'exposer des motifs. De même, dans des cas comme la présente affaire, où il y a des éléments de preuve embrouillés et contradictoires, le juge du procès devrait exposer des motifs expliquant ses conclusions. Le juge du procès ne l'a pas fait en l'espèce. Elle n'a pas traité des éléments de preuve troublants et elle n'a pas indiqué sur quoi elle s'est fondée pour déclarer D.R. et H.R. coupables de voies de fait. Il s'agit là d'une erreur de droit qui commande la tenue d'un nouveau procès.

G. Admission d'une nouvelle preuve

Après le procès des appelants, Peter K., le père de M. K., a plaidé coupable à des accusations d'avoir agressé sexuellement chacun des enfants R. Les appelants ont cherché à faire admettre son certificat de déclaration de culpabilité comme nouvelle preuve.

Le critère applicable à l'admission d'une nouvelle preuve a été formulé dans l'arrêt *Palmer*, précité, et demeure approprié. Comme le présent pourvoi a été tranché en fonction d'autres moyens, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

V. Dispositif

Mon collègue le juge L'Heureux-Dubé souligne que les abus sexuels commis sur des enfants sont fréquents dans notre société et que les poursuites s'y rapportant sont difficiles à mener à bien. Si je me vois incapable de souscrire à sa façon de statuer sur le pourvoi, ce n'est pas que je ne reconnais pas l'existence de ces problèmes, mais plutôt que j'hésite à déroger à la présomption d'innocence et

depart from the presumption of innocence and the requirement of proof beyond a reasonable doubt.

In the result, I would allow the appeal. Given the weakness of the evidence supporting his conviction for sexual assault, I would enter an acquittal in respect of D.W. I would order a new trial in respect of D.R. and H.R. on the charges of sexual assault and assault causing bodily harm on which they were convicted.

The following are the reasons delivered by

L'Heureux-Dubé J. (dissenting) —

I. Introduction

The appellants, Donald Leo R. (D.R.), Helen Susan R. (H.R.) and Donald George W. (D.W.), were convicted of various assault offences, including sexual assault, in respect of abuse perpetrated against the three children of D.R. and H.R. between 1983 and 1989 when the children ranged in age from one year to ten years old. The Saskatchewan Court of Appeal upheld the convictions, with Vancise J.A. dissenting. The appellants made a further appeal to this Court as of right and, after the hearing of the appeal before us, the appeal was allowed with reasons to follow. I dissented, for the following reasons.

The facts are set out in the reasons of Justice Major and need not be repeated at length here. Suffice it to say that there has never been any doubt that the complainants were abused. At trial, medical evidence clearly established that Michael R. (born 1979), Michelle R. (born 1982) and Kathy R. (born 1982) had been subjected to severe sexual and physical abuse. The children suffered serious psychological trauma as a result of their ordeal, and experienced considerable difficulty giving evidence at trial.

Since the medical evidence was so compelling, identity was the only real issue at trial, as far as many of the charges were concerned. After a

à l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Étant donné la faiblesse de la preuve à l'appui de sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle, je suis d'avis d'acquitter D.W. Je suis d'avis d'ordonner que D.R. et H.R. subissent un nouveau procès relativement aux accusations d'agression sexuelle et de voies de fait causant des lésions corporelles, à l'égard desquelles ils ont été déclarés coupables.

Les motifs suivants ont été rendus par

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) —

I. Introduction

Les appelants, Donald Leo R. (D.R.), Helen Susan R. (H.R.) et Donald George W. (D.W.) ont été déclarés coupables relativement à diverses infractions de voies de fait, y compris des agressions sexuelles, pour des abus commis sur les trois enfants de D.R. et de H.R., entre 1983 et 1989, au moment où l'âge des enfants variait de un à dix ans. La Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé les déclarations de culpabilité, le juge Vancise étant dissident. Le pourvoi de plein droit formé par les appelants devant notre Cour a été accueilli à l'audience, avec motifs à suivre. Voici les raisons pour lesquelles j'ai enregistré ma dissidence.

Les faits sont exposés dans les motifs du juge Major et n'ont pas à être repris en détail. Qu'il me suffise de dire qu'il n'y a jamais eu aucun doute que les plaignants ont été victimes d'abus. Lors du procès, la preuve médicale a clairement établi que Michael R. (né en 1979), Michelle R. (née en 1982) et Kathy R. (née en 1982) avaient été victimes d'abus sexuels et physiques graves. Les enfants ont été traumatisés gravement par cette épreuve et ils ont eu beaucoup de difficultés à témoigner au procès.

Au procès, la preuve médicale était si convaincante que l'identité a été la seule question en litige relativement à plusieurs accusations. À l'issue

59

60

61

62

22-day trial, Batten J. concluded that, whatever the other deficiencies in the children's testimony, the children were at least correct in identifying the appellants as the people who had abused them. As a result, she found the appellants guilty on most of the assault counts, including the counts of sexual assault. However, the trial judge entertained a reasonable doubt as to whether the complainants had been forced to commit sexual touchings on the appellants, and as to whether intercourse and certain other acts had occurred. Accordingly, she acquitted the appellants of gross indecency, incest, and some of the assault counts.

63 My colleagues are of the view that the convictions must be overturned. Writing on their behalf, Major J. refers to three supposedly incorrect evidentiary rulings. In my opinion, however, two of the rulings were not erroneous at all, and the insignificant error committed in the third ruling in no way invalidates the convictions.

64 Major J. also takes issue with the trial judge's reliance on the children's testimony. According to my colleague, no reasonable trial judge could believe the children's testimony about D.W., because their description of the abuse was too similar in form to their testimony about D.R. As well, he says that as a matter of law, the children's evidence against D.R. and H.R. had to be found credible or not credible in its entirety. I, however, take a very different view. The trial judge, having heard the children's extensive testimony from beginning to end, and the abundant medical and other evidence which supported the children's account, was entitled to believe the children's testimony, at least in part. Neither the fact that the children claimed to have been victimized in the same way by both male appellants, nor the fact that part of the evidence was disbelieved, made it unreasonable or wrong in law for the trial judge to convict D.R.,

d'un procès de 22 jours, madame le juge Batten a conclu que les enfants, malgré les lacunes dans leur témoignage, avaient au moins identifié correctement les appelants comme étant les auteurs des abus dont ils avaient été victimes. Par conséquent, elle a déclaré les appelants coupables quant à la plupart des chefs de voies de fait, y compris ceux d'agression sexuelle. Comme elle avait un doute raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés de faire des attouchements sexuels sur les appelants et s'il y avait eu relations sexuelles et certains autres actes, elle a acquitté les appelants relativement aux chefs de grossière indécence et d'inceste, de même qu'à l'égard de certains chefs de voies de fait.

Mes collègues sont d'avis que les déclarations de culpabilité doivent être infirmées. Le juge Major, au nom de la majorité, réfère à trois décisions prétendument incorrectes en ce qui concerne la preuve. J'estime, pour ma part, que deux de ces décisions ne sont aucunement erronées et que la troisième comporte une erreur négligeable qui n'a aucunement pour effet d'invalidier les déclarations de culpabilité.

Le juge Major reproche en outre au juge du procès sa confiance dans le témoignage des enfants. Selon mon collègue, aucun juge président un procès n'aurait pu raisonnablement ajouter foi au témoignage des enfants quant à D.W. parce que leur description des abus était trop conforme à leur témoignage relativement à D.R. De même, le juge Major affirme que, selon le droit, le témoignage des enfants contre D.R. et H.R. devait être considéré ou bien entièrement crédible ou bien non crédible. J'adopte, cependant, un point de vue différent. Après avoir entendu le long témoignage des enfants du début à la fin et l'abondante preuve médicale et autre à l'appui du récit des enfants, le juge du procès avait le droit d'ajouter foi au témoignage des enfants, au moins en partie. Ni le fait que les enfants aient soutenu avoir été maltraités de la même façon par les deux appelants de sexe masculin, ni le fait qu'une partie de leur témoignage n'ait pas été crue, ne faisait en sorte qu'il était déraisonnable ou erroné en droit pour le juge

H.R., and D.W. on the strength of the evidence that was believed.

Finally, my colleague states that the trial judge committed an error of law by not giving adequate reasons. Yet we have never held that a trial judge's verdict may be appealed solely on the basis of an omission from the reasons. A trial verdict is reversible only for a material error in the interpretation or application of the law, in the appreciation of the evidence, or in the handling of the trial. Since the trial judge's reasons disclose no such error, there is no basis for overturning the convictions.

I propose to deal first with the three evidentiary rulings which, according to Major J., were erroneous.

II. Rulings on Admissibility of Evidence

A) *Michelle's Out-of-Court Statements*

At issue here are two statements made by Michelle in 1987, when she was five years old. She had just returned to the home of foster parents Mr. and Mrs. K. after an overnight visit at the home of D.R. Mrs. K. discovered what appeared to be blood on Michelle's underpants and, when Mrs. K. asked what had happened, Michelle said, "daddy touched me". Mrs. K. took Michelle to Dr. McKenna, who examined Michelle and determined that she had been subjected to non-accidental trauma of the genital area. Michelle told the doctor that D.R. had "spanked my bum then he put his fingers in my bum, it hurt". The trial judge ruled that both statements were admissible as evidence of the truth of their content.

In the past, Michelle's statements might have been excluded automatically by virtue of the rule against hearsay evidence. However, 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, a

du procès de déclarer D.R., H.R. et D.W. coupables sur la foi de la preuve qui avait été crue.

65
Finalement, mon collègue affirme que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas de motifs suffisants. Nous n'avons jamais, pourtant, décidé que le verdict d'un juge du procès peut être porté en appel uniquement parce qu'il y a une omission dans les motifs exposés. Le verdict prononcé au procès ne peut être infirmé que si une erreur importante a été commise dans l'interprétation ou l'application de la loi, dans l'appréciation de la preuve ou dans le déroulement du procès. Puisque les motifs du juge du procès ne révèlent aucune erreur de cette nature, il n'y a aucune raison d'infirmier les déclarations de culpabilité.

66
J'examinerai, en premier lieu, les trois décisions en matière de preuve qui, selon le juge Major, sont erronées.

II. Les décisions sur l'admissibilité de la preuve

A) *Les déclarations extrajudiciaires de Michelle*

67
Sont contestées en l'espèce deux déclarations faites par Michelle en 1987, alors qu'elle était âgée de cinq ans. Michelle venait de retourner dans la famille d'accueil de M. et M^{me} K. après avoir passé la nuit chez D.R. Madame K. a remarqué la présence de ce qui paraissait être du sang sur la petite culotte de Michelle et, lorsqu'elle lui a demandé ce qui était arrivé, Michelle a répondu: [TRADUCTION] «papa m'a touchée». Madame K. a emmené Michelle chez le Dr McKenna qui l'a examinée et déterminé qu'elle avait subi des traumatismes non accidentels aux organes génitaux. Michelle a raconté au médecin que D.R. [TRADUCTION] «m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». Le juge du procès a décidé que ces deux déclarations étaient admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu.

68
Dans le passé, les déclarations de Michelle auraient pu être écartées automatiquement en vertu de la règle interdisant le oui-dire. Cependant, 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.)*,

new approach was articulated. Under this new approach, out-of-court statements are admissible as evidence of the truth of their content, as long as they meet the criteria of “necessity” and “reliability”. As the Chief Justice observed in *B. (K.G.)*, at p. 787, reliability need not be established with certainty:

What the reliability component of the principled approach to hearsay exceptions addresses is a threshold of reliability, rather than ultimate or certain reliability.

In the case at bar, the statements were clearly necessary, because Michelle had no recollection at trial of the incident described in the statements. As well, the circumstances of the statements provided a guarantee of reliability: the statements were made very shortly after the alleged attack; the two statements, made on separate occasions and to different people, were consistent with one another; they were also consistent with the medical evidence, which clearly indicated that Michelle had been assaulted.

[1993] 1 R.C.S. 740, une nouvelle approche a été formulée. Selon cette nouvelle approche, les déclarations extrajudiciaires sont admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu, dans la mesure où elles satisfont aux critères de la «nécessité» et de la «fiabilité». Comme le Juge en chef le fait remarquer dans *B. (K.G.)*, à la p. 787, la fiabilité n’a pas à être établie avec certitude:

Ce que vise l’élément fiabilité de l’analyse fondée sur des principes de la règle de l’exclusion du oui-dire, c’est un seuil de fiabilité, et non la fiabilité absolue ou indiscutable.

En l’espèce, les déclarations étaient clairement nécessaires parce que Michelle ne se souvenait pas, au procès, de l’incident décrit dans celles-ci. De même, les circonstances entourant les déclarations offraient une garantie de fiabilité: ces déclarations ont été faites très peu de temps après l’attaque reprochée; les deux déclarations, faites à des occasions distinctes et à des personnes différentes, étaient compatibles l’une avec l’autre; elles étaient également compatibles avec la preuve médicale qui indiquait clairement que Michelle avait été agressée.

69 Despite these indicia of reliability, Major J. contends that the statements were unreliable and ought not to have been admitted. My colleague points to evidence that Michelle might have been assaulted by Michael during the overnight visit, and that the children tended to lie to cover up the sexual activity that took place between them. He concludes that Michelle’s statements are “as consistent with the hypothesis that she was protecting Michael as they are with her having been sexually assaulted by D.R.” (para. 35).

Malgré ces indices de fiabilité, le juge Major soutient que ces déclarations n’étaient pas dignes de foi et n’auraient pas dû être admises. Mon collègue attire l’attention sur la preuve selon laquelle il se pouvait que Michelle ait été agressée par Michael pendant la nuit qu’elle avait passée en visite, et sur celle voulant que les enfants aient eu tendance à mentir pour cacher les activités sexuelles auxquelles ils se livraient entre eux. Il conclut, au par. 35, que les déclarations de Michelle sont «aussi compatibles avec l’hypothèse selon laquelle elle protégeait Michael qu’elles le sont avec celle voulant qu’elle ait été agressée sexuellement par D.R.»

70 On my reading of the trial record, however, Major J.’s alternative hypothesis is unfounded. The evidence does not suggest that the children ever falsely accused adults of having touched them in order to conceal their own sexual activity. Defence counsel cross-examined Michael and Michelle extensively on the sexual activity that took place between them, and their responses indi-

Toutefois, selon mon interprétation du dossier de première instance, l’hypothèse subsidiaire du juge Major n’est pas fondée. La preuve ne laisse pas entendre que les enfants ont déjà faussement accusé des adultes de les avoir touchés pour cacher leurs propres activités sexuelles. L’avocat de la défense a longuement contre-interrogé Michael et Michelle sur les activités sexuelles auxquelles ils

cate that, when they wanted to cover up their sexual activity, they simply denied that they were doing anything: Transcript, at pp. 316, 348-49, 365-66 and 1631.

Moreover, it is important to remember that the trial judge was ruling on admissibility, not belief. The question was not whether the trial judge should believe the statements, but whether she should be able to consider the statements at all. Commenting on the decision of the Court of Appeal in this case, Professor Paciocco has questioned whether the position adopted by the dissenting judge (and now by my colleague Major J.) is in keeping with this fact: D. M. Paciocco, "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345, at p. 377. The possibility of fabrication is not so compelling in this case that it warranted excluding the statements altogether. This Court's decision in *Khan* emphasized the need for "increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse": *Khan, supra*, at p. 543. The trial judge was correct to rule that the statements were admissible.

B) *Dr. Elterman's Testimony*

Dr. Elterman, a psychologist, was a defence witness qualified to give evidence in the "area of child development and characteristics of child abuse". The trial judge allowed him to testify as to the distinction between "visual" memory and "verbal" memory. In essence, visual memory flows from having seen or experienced the event described, and denotes the ability to actually recall the event. Verbal memory is little more than a learned belief that the event happened without any real recollection of the event. When Dr. Elterman proceeded to describe his interviews with the children and his conclusion that their memories were learned rather than actually recalled, the trial judge sustained an objection by the Crown and ruled that Dr. Elterman would not be permitted to testify as to his

se livraient, et leurs réponses indiquent qu'ils niaient simplement avoir fait quoi que ce soit lorsqu'ils voulaient dissimuler leurs activités sexuelles: transcription, aux pp. 316, 348 et 349, 365 et 366, ainsi que 1631.

De plus, il importe de se rappeler que le juge du procès se prononçait sur l'admissibilité des déclarations et non sur la question de savoir si elles étaient dignes de foi. Il s'agissait non pas de savoir si le juge du procès devait croire les déclarations, mais bien si elle devait pouvoir les examiner. Commentant l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, le professeur Paciocco s'est demandé si le point de vue adopté par le juge dissident (et maintenant par mon collègue le juge Major) est conforme à ce fait: D. M. Paciocco, «The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know» (1996), 21 *Queen's L.J.* 345, à la p. 377. En l'espèce, la possibilité que l'on ait inventé une histoire n'est pas sérieuse au point de justifier d'écarter complètement les déclarations. L'arrêt *Khan* de notre Cour fait ressortir la nécessité «d'une plus grande souplesse dans l'interprétation de la règle du oui-dire pour permettre l'admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels»: *Khan, précité*, à la p. 543. Le juge du procès a eu raison de décider que les déclarations étaient admissibles.

B) *Le témoignage du Dr Elterman*

Le Dr Elterman, psychologue, était un témoin de la défense qualifié pour témoigner «dans le domaine du développement de l'enfant et des caractéristiques des mauvais traitements infligés aux enfants». Le juge du procès lui a permis de témoigner sur la distinction entre la mémoire «visuelle» et la mémoire «verbale». Essentiellement, la mémoire visuelle résulte du fait d'avoir vu ou vécu l'événement décrit, et marque la capacité de se rappeler véritablement l'événement en question. La mémoire verbale n'est guère plus qu'une croyance acquise que l'événement s'est produit, sans en avoir un souvenir véritable. Lorsque le Dr Elterman a commencé à parler de ses entretiens avec les enfants et de sa conclusion qu'ils avaient une mémoire acquise plutôt qu'un souvenir vérita-

conclusions on the reliability of the children's memories.

73 According to Major J., the trial judge erred in excluding this part of Dr. Elterman's testimony because "any explanation of [the children's] otherwise incredible behaviour could only aid the trier of fact in accurately assessing their credibility" (para. 40).

74 However, it is a long-standing rule that the determination of credibility is a matter for the judge or jury. A trier of fact does not normally require assistance in this task and, consequently, experts are not usually permitted to testify on credibility. McLachlin J. made this point, on behalf of the majority, in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 248:

Credibility must always be the product of the judge or jury's view of the diverse ingredients it has perceived at trial, combined with experience, logic and an intuitive sense of the matter: see *R. v. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), at p. 149. . . . Credibility is a matter within the competence of lay people. Ordinary people draw conclusions about whether someone is lying or telling the truth on a daily basis. The expert who testifies on credibility is not sworn to the heavy duty of a judge or juror. Moreover, the expert's opinion may be founded on factors which are not in the evidence upon which the judge and juror are duty-bound to render a true verdict. Finally, credibility is a notoriously difficult problem, and the expert's opinion may be all too readily accepted by a frustrated jury as a convenient basis upon which to resolve its difficulties. All these considerations have contributed to the wise policy of the law in rejecting expert evidence on the truthfulness of witnesses.

75 By way of exception, expert evidence will be admissible when it relates to a subject-matter on which ordinary people are unlikely to form a correct judgment if unassisted by persons with special knowledge: *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 870; *Marquard, supra*, at p. 249, per McLachlin

ble, le juge du procès a fait droit à une objection du ministère public et a décidé que le Dr Elterman ne serait pas autorisé à témoigner relativement à ses conclusions sur la fiabilité de la mémoire des enfants.

Selon le juge Major, le juge du procès a commis une erreur en écartant cette partie du témoignage du Dr Elterman parce que «toute explication [du] comportement [des enfants] par ailleurs incroyable ne pouvait qu'aider le juge des faits à bien évaluer leur crédibilité» (par. 40).

Cependant, il est établi depuis longtemps que la détermination de la crédibilité est une question qu'il appartient au juge ou au jury de trancher. Normalement, le juge des faits n'a pas besoin d'aide à ce sujet, et on n'autorise donc pas habituellement des experts à témoigner sur la crédibilité. C'est ce que le juge McLachlin fait remarquer, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 248:

La crédibilité doit toujours être le résultat de l'opinion du juge ou du jury sur les divers éléments perçus au procès, de son expérience, de sa logique et de son intuition à l'égard de l'affaire: voir *R. c. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), à la p. 149 [. . .] La question de la crédibilité relève de la compétence des profanes. Les gens ordinaires jugent quotidiennement si une personne ment ou dit la vérité. L'expert qui témoigne sur la crédibilité n'est pas tenu par la lourde tâche du juge ou du juré. De plus, il se peut que l'opinion de l'expert repose sur des éléments qui ne font pas partie de la preuve en vertu de laquelle le juge et le juré sont tenus de rendre un juste verdict. Enfin, la crédibilité est un problème notoirement complexe, et l'opinion d'un expert risque d'être beaucoup trop facilement acceptée par un jury frustré pour faciliter la résolution de ses difficultés. Toutes ces considérations ont donné naissance à la sage politique en droit qui consiste à rejeter le témoignage d'expert sur la sincérité des témoins.

Exceptionnellement, une preuve d'expert sera admissible si elle porte sur un sujet sur lequel des gens ordinaires ne pourront probablement pas porter un jugement exact sans l'aide de personnes possédant des connaissances particulières: *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 42; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, à la p. 870;

J., and at p. 265, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 23. Courts have recognized, for example, that special assistance will sometimes be required when assessing the evidence of children. In *Marquard*, *supra*, McLachlin J. said, at pp. 248-49:

On the other hand, there may be features of a witness's evidence which go beyond the ability of a lay person to understand, and hence which may justify expert evidence. This is particularly the case in the evidence of children. For example, the ordinary inference from failure to complain promptly about a sexual assault might be that the story is a fabricated afterthought, born of malice or some other calculated stratagem. Expert evidence has been properly led to explain the reasons why young victims of sexual abuse often do not complain immediately. Such evidence is helpful; indeed it may be essential to a just verdict.

Dr. Elterman's evidence on the theory of memory is far removed from the kind of expert opinion which is ordinarily admitted in relation to children's testimony — expert opinion "as to the psychological and physical conditions which frequently arise as a result of sexual abuse of a child": *R. v. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), at p. 149, *per* Wakeling J.A., *aff'd* [1990] 2 S.C.R. 30; *Marquard*, *supra*, at p. 267, *per* L'Heureux-Dubé J., and at p. 249, *per* McLachlin J. However, since the trial judge did not exclude this part of Dr. Elterman's evidence, I am prepared to accept, for the sake of argument, that the theoretical distinction between visual and verbal memory falls within the category of matters which lay people may not understand if they are not explained to them by an expert in child memory development.

The same cannot be said of Dr. Elterman's conclusions as to whether the R. children had verbal or visual memory of the incidents at their birth home. Dr. Elterman's description of the interviews suggests that, once the theory had been explained, the application of the theory to actual testimony was

Marquard, précité, à la p. 249, le juge McLachlin, et à la p. 265, le juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à la p. 23. Par exemple, les tribunaux ont reconnu qu'une aide spéciale sera parfois nécessaire pour apprécier le témoignage d'enfants. Dans *Marquard*, précité, le juge McLachlin affirme, aux pp. 248 et 249:

En revanche, il se peut que certaines parties de la déposition d'un témoin dépassent la capacité d'un profane de comprendre, et justifient donc le recours au témoignage d'expert. C'est le cas en particulier pour les témoignages d'enfants. Par exemple, dans le cas d'un enfant qui omet de se plaindre sans tarder d'une agression sexuelle, on pourrait ordinairement conclure que l'enfant invente un récit après coup, poussé par la malice ou un autre stratagème calculé. Des témoignages d'experts ont été à bon droit présentés pour expliquer pourquoi il arrive fréquemment que de jeunes victimes d'agression sexuelle ne portent pas plainte immédiatement. Ces témoignages sont utiles et peuvent même être essentiels à un juste verdict.

Le témoignage du Dr Elterman sur la théorie de la mémoire est loin de ressembler au type d'opinion d'expert qui est ordinairement admis relativement au témoignage d'enfants — une opinion d'expert [TRADUCTION] «sur les états psychologiques et physiques fréquemment manifestés par les enfants victimes d'agression sexuelle»: *R. c. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), à la p. 149, le juge Wakeling, *conf. par* [1990] 2 R.C.S. 30; *Marquard*, précité, à la p. 267, le juge L'Heureux-Dubé, et à la p. 249, le juge McLachlin. Cependant, puisque le juge du procès n'a pas écarté cette partie du témoignage du Dr Elterman, je suis disposée à accepter, pour les fins de la discussion, que la distinction théorique entre la mémoire visuelle et la mémoire verbale tombe dans la catégorie des questions que les profanes ne pourront peut-être pas comprendre si elles ne leur sont pas expliquées par un expert dans le domaine du développement de la mémoire chez l'enfant.

On ne peut pas en dire autant des conclusions du Dr Elterman quant à savoir si les enfants R. avaient une mémoire verbale ou visuelle des incidents survenus chez leurs parents naturels. La description que le Dr Elterman a faite des entretiens laisse entendre que l'application de la théorie, une fois

quite straightforward and did not require any special knowledge or expertise: see Transcript, at pp. 2833-35. At the trial itself, all of the children were cross-examined on whether they could actually remember certain events or whether they had merely come to believe them through repetition: see, e.g., Transcript, at pp. 274-75, 279-83, 305, 805-6, 850 and 1664. The trial judge was well able to determine for herself, without further assistance from Dr. Elterman, whether the children's recollections were real and whether their testimony was reliable. She committed no error in declining to hear Dr. Elterman's conclusions on this issue.

C) *Cross-Examination of Ms. Bunko-Ruys*

77 Ms. Bunko-Ruys, a therapist, was called by the Crown and qualified as an expert witness to give evidence concerning "the behavioural, social and emotional characteristics of sexually abused children". Her opinions were based in part on having observed the children while Sergeant Dueck, a police investigator, was interviewing them. In Ms. Bunko-Ruys' opinion, the children had been sexually abused and traumatized early in their emotional development.

78 The defence cross-examined Ms. Bunko-Ruys on these matters, as well as the procedure followed at the interviews. One theory of the defence was that the children's account might have been affected, perhaps inadvertently, by the manner in which questions were put to them at the interviews. When Ms. Bunko-Ruys was unable to recall certain details of the interviews, defence counsel sought to "refresh her memory" by showing her a transcript of the interviews. However, the trial judge ruled that the transcript could not be used, essentially because it related to the credibility of the complainants, a collateral issue.

79 One can easily understand Batten J.'s reluctance to permit the defence to impeach the children's

expliquée, aux témoignages recueillis était très simple et ne requérait pas des connaissances ou des compétences particulières: voir la transcription, aux pp. 2833 à 2835. Au procès même, tous les enfants ont été contre-interrogés sur la question de savoir s'ils pouvaient réellement se souvenir de certains événements ou s'ils en étaient venus à croire à leur existence à force de les répéter: voir, par exemple, la transcription, aux pp. 274 et 275, 279 à 283, 305, 805 et 806, 850 et 1664. Le juge du procès était bien en mesure de déterminer par elle-même, sans l'aide du Dr Elterman, si les souvenirs des enfants étaient réels et si leur témoignage était digne de foi. Elle n'a pas commis d'erreur en refusant d'entendre les conclusions du Dr Elterman sur ce point.

C) *Le contre-interrogatoire de M^{me} Bunko-Ruys*

Madame Bunko-Ruys, thérapeute appelée à témoigner par le ministère public, était un expert reconnu dans le domaine «des caractéristiques comportementales, sociales et affectives des enfants victimes d'abus sexuels». Ses opinions étaient fondées en partie sur les observations qu'elle avait faites des enfants pendant que le policier enquêteur, le sergent Dueck, s'était entretenu avec eux. Selon M^{me} Bunko-Ruys, les enfants avaient été victimes d'abus sexuels et traumatisés tôt dans leur développement affectif.

La défense a contre-interrogé M^{me} Bunko-Ruys relativement à ces questions et à la procédure suivie lors des entretiens. L'une des théories de la défense était que le récit des enfants pouvait avoir été influencé, peut-être par inadvertance, par la façon dont les questions leur avaient été posées lors de ces entretiens. Au moment où M^{me} Bunko-Ruys s'est trouvée incapable de se souvenir de certains détails des entretiens, l'avocat de la défense a cherché à lui «rafraîchir la mémoire» en lui montrant une transcription. Cependant, le juge du procès a statué que cette transcription ne pouvait pas être utilisée, essentiellement parce qu'elle portait sur une question accessoire, savoir la crédibilité des plaignants.

On peut facilement comprendre pourquoi madame le juge Batten a hésité à permettre à la

credibility in its cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. Credibility is a collateral issue, not a fact in issue. Subject to a few exceptions which have no application here, matters which relate solely to the credibility of a witness can only be canvassed in cross-examination of the witness whose credibility is sought to be impeached: *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (C.C.A.); *R. v. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132 (Man. C.A.), at p. 135; *R. v. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325 (Ont. C.A.), at p. 330; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361, at p. 367; *R. v. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498 (Ont. C.A.), at p. 506; *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at p. 263; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 883-84; A. W. Mewett, *Witnesses* (1991 (loose-leaf)), at para. 11.1(a) and (b); E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987 (loose-leaf)), vol. 1, at para. 16:12010. In other words, the children's credibility could only be impeached by cross-examining the children themselves.

However, on the facts of this case, it appears that the details of the interview procedure did have relevance which went beyond the children's credibility. If there were evidence that Sergeant Dueck had influenced the children's identification of their abusers in the course of interviewing them, it would bear directly on the question of identity, a fact in issue. Therefore, the trial judge was correct to allow the defence to question Ms. Bunko-Ruys in an effort to show that coaching or manipulation during the interviews had tainted the children's identification of the appellants. When Ms. Bunko-Ruys was unable to recall the details of the interviews, the trial judge ought also to have permitted the defence to refresh her memory using any suitable materials, including the transcript of the interviews.

I am persuaded, however, that refreshing Ms. Bunko-Ruys' memory would not have had the slightest impact on the verdict. The transcript of

défense d'attaquer la crédibilité des enfants lors de son contre-interrogatoire de M^{me} Bunko-Ruys. La crédibilité est une question accessoire, et non un fait en litige. Sous réserve de quelques exceptions inapplicables en l'espèce, les questions portant exclusivement sur la crédibilité d'un témoin ne peuvent être approfondies que lors du contre-interrogatoire du témoin dont on cherche à attaquer la crédibilité: *R. c. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (C.C.A.); *R. c. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132 (C.A. Man.), à la p. 135; *R. c. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325 (C.A. Ont.), à la p. 330; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361, à la p. 367; *R. c. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498 (C.A. Ont.), à la p. 506; *Phipson on Evidence* (14^e éd. 1990), à la p. 263; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 883 et 884; A. W. Mewett, *Witnesses* (1991 (feuilles mobiles)), à l'al. 11.1a) et b); E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. 1987 (feuilles mobiles)), vol. 1, au par. 16:12010. En d'autres termes, on ne pouvait attaquer la crédibilité des enfants qu'en les contre-interrogeant personnellement.

Cependant, selon les faits de la présente affaire, il appert que les détails de la procédure suivie lors des entretiens avaient une pertinence allant au-delà de la crédibilité des enfants. S'il existait une preuve que, pendant les entretiens, le sergent Dueck avait influencé l'identification par les enfants des auteurs des abus dont ils avaient été victimes, cela aurait une incidence directe sur la question de l'identité, un fait en litige. En conséquence, le juge du procès a eu raison de permettre à la défense d'interroger M^{me} Bunko-Ruys afin de démontrer que, pendant les entretiens, les enfants avaient été influencés ou manipulés dans leur identification des appelants. De même, au moment où M^{me} Bunko-Ruys s'est trouvée incapable de se souvenir des détails des entretiens, le juge du procès aurait dû permettre à la défense de lui rafraîchir la mémoire au moyen de documents appropriés, dont la transcription des entretiens.

Cependant, je suis convaincue que rafraîchir la mémoire de M^{me} Bunko-Ruys n'aurait pas eu la moindre incidence sur le verdict. La défense avait

the interviews was in the possession of the defence, and, if there had been any coaching or manipulation during the interviews, the defence would surely have sought to introduce the transcript itself as evidence. In fact, the defence not only declined to introduce the transcript; it even declined to cross-examine Sergeant Dueck, the person who actually interviewed the children, about whether there had been coaching or manipulation. I can only conclude that the device of refreshing Ms. Bunko-Ruys' memory would have yielded nothing but out-of-context questions and answers from the transcript when, in fact, no coaching or manipulation occurred at the interviews. In my opinion, there is no likelihood that the verdict would have been any different even if the defence had been allowed to refresh Ms. Bunko-Ruys' memory.

D) *Conclusion on Evidentiary Rulings*

82 It comes as no surprise that the appellants, who have been convicted of very serious offences, have grasped at every minute imperfection in the handling of the trial in an attempt to have the convictions overturned. However, Batten J. was extremely conscientious. Despite the length and complexity of the trial, my colleague Major J. has called into question just three of the rulings she made during the trial. In my view, only one of those rulings was incorrect, and this technical error had no effect on the verdicts.

III. The Trial Judge's Assessment of the Evidence

83 In addition to the three evidentiary rulings, Major J. also argues that there were errors in the trial judge's assessment of the children's credibility.

84 At the outset, I would observe that appellate courts are extremely reluctant to interfere with credibility findings made by a trial judge. In *R. v.*

en sa possession la transcription des entretiens et elle aurait sûrement cherché à la déposer en preuve si les enfants avaient été influencés ou manipulés pendant les entretiens. En fait, la défense a refusé non seulement de déposer la transcription, mais encore de contre-interroger le sergent Dueck, qui s'était entretenu avec les enfants, au sujet de la question de savoir s'il y avait eu influence ou manipulation. Je ne puis que conclure que rafraîchir la mémoire de M^{me} Bunko-Ruys n'aurait abouti à rien d'autre qu'à des questions et à des réponses hors contexte tirées de la transcription alors que, dans les faits, il n'y avait eu aucune influence ni aucune manipulation lors des entretiens. À mon avis, il n'y a aucune chance que le verdict eût été différent si la défense avait été autorisée à rafraîchir la mémoire de M^{me} Bunko-Ruys.

D) *Conclusion sur les décisions relatives à la preuve*

Il n'est pas étonnant que les appelants, qui ont été déclarés coupables d'infractions très graves, aient tenté de saisir la moindre irrégularité dans le déroulement du procès dans l'espoir de faire infirmer leurs déclarations de culpabilité. Cependant, madame le juge Batten a été extrêmement consciencieuse. Malgré la durée et la complexité du procès, mon collègue le juge Major n'a mis en question que trois des décisions que madame le juge Batten a rendues au procès. À mon avis, une seule de ces décisions était incorrecte, et cette erreur technique n'a eu aucune incidence sur les verdicts.

III. L'appréciation de la preuve par le juge du procès

Outre les trois décisions relatives à la preuve, le juge Major soutient que le juge du procès a commis des erreurs en appréciant la crédibilité des enfants.

Au départ, je fais remarquer que les cours d'appel hésitent énormément à modifier les conclusions d'un juge du procès sur la crédibilité. Dans

W. (R.), [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131, McLachlin J. explained the rule as follows:

The test remains the same: could a jury or judge properly instructed and acting reasonably have convicted? That said, in applying the test the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. This Court has repeatedly affirmed the importance of taking into account the special position of the trier of fact on matters of credibility: *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at pp. 465-66. The trial judge has the advantage, denied to the appellate court, of seeing and hearing the evidence of witnesses.

In the absence of an error of law or a finding which cannot reasonably be supported on the evidence, a trial judge's findings in relation to credibility will not be overturned on appeal.

The trial judge's findings in the case at bar clearly call for deference. During the 22 days of the trial, Batten J. saw and heard over a dozen witnesses, including the present and former foster parents of the children, the children's teachers, the police officer who had investigated the abuse, and physicians and other professionals who had worked with or examined the children. Most importantly, she heard at great length from the children, who were cross-examined fully on every weakness in their testimony. Because the children experienced considerable stress and discomfort while testifying, the trial judge's opportunity to observe their non-verbal conduct was an invaluable advantage in the assessment of their evidence. We should be very reluctant indeed to interfere with the trial judge's findings of credibility on the basis of an *ex post facto* review of the transcript.

A) *Sufficiency of Evidence on D.W.*

According to Major J., the evidence against D.W. was too weak to support his conviction for

l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131, le juge McLachlin explique la règle en ces termes:

Le critère demeure le même: un jury ou un juge ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement aurait-il pu déclarer l'accusé coupable? Cela étant dit, dans l'application de ce critère, la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. À maintes reprises, notre Cour a souligné combien il était important de tenir compte de la position privilégiée du juge des faits relativement à des questions de crédibilité: *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, aux pp. 465 et 466. Le juge de première instance a l'avantage, que n'a pas la cour d'appel, de voir et d'entendre les témoins.

En l'absence d'une erreur de droit ou d'une conclusion qui ne peut raisonnablement reposer sur la preuve, les conclusions qu'un juge du procès tire en matière de crédibilité ne seront pas écartées en appel.

En l'espèce, il faut nettement faire preuve de retenue envers les conclusions du juge du procès. Au cours des 22 jours du procès, madame le juge Batten a vu et entendu plus d'une douzaine de témoins, y compris les parents nourriciers actuels et antérieurs des enfants, les enseignants des enfants, le policier qui a fait enquête sur les abus, et les médecins et autres professionnels qui ont travaillé avec les enfants ou les ont examinés. Qui plus est, elle a entendu longuement les enfants qui ont subi un contre-interrogatoire complet sur chaque faiblesse de leur témoignage. Vu que les enfants ont éprouvé beaucoup de stress et de gêne en témoignant, l'occasion que le juge du procès a eue d'observer leur comportement non verbal a constitué un avantage inestimable dans l'appréciation de leur témoignage. Nous devrions hésiter énormément à modifier, sur la foi d'un examen *ex post facto* de la transcription, les conclusions du juge du procès quant à la crédibilité.

A) *Le caractère suffisant de la preuve relative à D.W.*

Selon le juge Major, la preuve pesant contre D.W. était trop faible pour justifier une déclaration

sexual assault. My colleague appears to be troubled by the fact that the children's testimony against D.W. was similar in form to their testimony against D.R. In Major J.'s view, no reasonable judge would convict D.W. in light of this weakness; as a result, my colleague would enter an acquittal in respect of D.W.

87 I do not share my colleague's concern about the form of the children's testimony against the male appellants. It is true that the children's testimony often took the form of allegations that the accused "put his penis in my bum, and I put my penis in his bum, and then I sucked his penis". However, the children were testifying as to the essential details of the assaults, and I am quite unable to imagine what variations my colleague would have preferred to see in their accounts. If a child is sexually assaulted by two people, and decides to report the assaults, must the child vary his description of the two assaults so as to avoid being disbelieved?

88 In *W. (R.)*, *supra*, at p. 133, this Court recognized that the assessment of children's evidence requires sensitivity to the special characteristics of children:

The second change in the attitude of the law toward the evidence of children in recent years is a new appreciation that it may be wrong to apply adult tests for credibility to the evidence of children. One finds emerging a new sensitivity to the peculiar perspectives of children.

It may be, for example, that children having limited experience and linguistic skills will not recount their experiences as an adult would, and, in particular, that they will not vary the structure or wording of the account with each retelling.

89 In any event, it was the role of the trial judge to decide whether or not to believe the children. The trial judge had the opportunity to see and hear the children on the stand, an advantage which we cannot hope to duplicate simply by reading the trial transcript. Moreover, the children were cross-examined on the issue of memory corruption, and

de culpabilité pour agression sexuelle. Mon collègue semble préoccupé par le fait que le témoignage des enfants contre D.W. ressemble à leur témoignage contre D.R. Le juge Major est d'avis qu'aucun juge raisonnable ne déclarerait D.W. coupable en raison de cette faiblesse, et il l'acquitterait donc.

Je ne partage pas la préoccupation de mon collègue quant à la forme du témoignage des enfants contre les appelants de sexe masculin. Il est vrai que le témoignage des enfants s'est souvent fait sous forme d'allégations que l'accusé [TRADUCTION] «a mis son pénis dans mes fesses, et j'ai mis mon pénis dans ses fesses, et ensuite j'ai sucé son pénis». Cependant, les enfants témoignaient relativement aux détails essentiels des agressions, et je suis absolument incapable d'imaginer quelles variantes mon collègue aurait préféré constater dans leurs récits respectifs. Si un enfant est agressé sexuellement par deux personnes, et décide de signaler ces agressions, doit-il varier sa description des deux agressions pour éviter de ne pas être cru?

Dans l'arrêt *W. (R.)*, précité, à la p. 133, notre Cour a reconnu que l'appréciation des témoignages d'enfants exige de tenir compte des caractéristiques particulières des enfants:

D'autre part, l'attitude du droit envers les témoignages d'enfants a récemment changé en ce qu'on estime maintenant qu'il est peut-être erroné de leur appliquer les mêmes critères qu'à ceux des adultes en matière de crédibilité. On porte maintenant plus attention aux perspectives particulières des enfants.

Par exemple, il se peut que des enfants ayant une expérience et des compétences linguistiques limitées ne racontent pas leur expérience comme un adulte le ferait et, notamment, qu'ils ne changent pas la structure ou la formulation de leur récit chaque fois qu'ils le racontent.

Quoi qu'il en soit, il appartenait au juge du procès de décider si elle devait croire les enfants. Le juge du procès a eu l'occasion de voir et d'entendre les enfants à la barre, avantage que nous ne pouvons espérer reproduire au moyen d'une simple lecture de la transcription du procès. De plus, les enfants ont été contre-interrogés sur la question de

an expert testified as to the possibility of memory corruption: Transcript, at pp. 274-75, 279-83, 305, 805-6, 850, 1664, and 2792-2940. Having heard all of this evidence, the trial judge was entitled to believe, beyond a reasonable doubt, that D.W. had sexually assaulted the children. Unlike Major J., I do not believe that the similarity of the children's descriptions of the abuse was so grave a flaw that no reasonable judge could have convicted D.W.

We have held many times, most recently in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 663, that "the court of appeal is not to substitute its view for that of the trial judge, nor permit doubts it may have to persuade it to order a new trial". Still less do such doubts entitle a court of appeal to substitute an acquittal.

B) *Inconsistent Findings Regarding D.R. and H.R.*

The majority would also overturn the sexual assault convictions entered against D.R. and H.R., although my colleagues Major and McLachlin JJ. differ as to the reasons for doing so. While Major J. holds that the trial judge's findings are inconsistent, McLachlin J. argues that the medical and psychological evidence was incapable of supporting the inference that D.R. and H.R. had sexually assaulted the children.

According to Major J., the children's evidence was presented in such a manner that "the trial judge either had to believe the children's testimony to be credible and convict on both, gross indecency and sexual assault, or she had to entertain a reasonable doubt on the whole of the evidence and acquit" (para. 49). Major J. concludes that in believing only part of the children's evidence, the

l'altération de la mémoire, et un expert a témoigné au sujet de cette possibilité: transcription, aux pp. 274 et 275, 279 à 283, 305, 805 et 806, 850, 1664, et 2792 à 2940. Après avoir entendu tous ces témoignages, le juge du procès avait le droit de croire hors de tout doute raisonnable que D.W. avait agressé sexuellement les enfants. Contrairement au juge Major, je ne crois pas que la similitude des descriptions d'abus données par les enfants constituait une lacune si grave qu'aucun juge raisonnable n'aurait pu déclarer D.W. coupable.

À maintes reprises, et tout récemment dans l'arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 663, nous avons statué que «la cour d'appel ne doit pas substituer son opinion à celle du juge du procès, ni prendre prétexte des doutes qu'elle peut avoir pour ordonner un nouveau procès». Une cour d'appel peut encore moins substituer un verdict d'acquiescement en raison de pareils doutes.

B) *L'incohérence des conclusions concernant D.R. et H.R.*

La Cour à la majorité infirmerait également les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle prononcées contre D.R. et H.R., quoique mes collègues les juges Major et McLachlin ne s'accordent pas sur les raisons de le faire. Alors que le juge Major conclut à l'incohérence des conclusions tirées par le juge du procès, le juge McLachlin, pour sa part, affirme que la preuve médicale et psychologique ne permettait pas de déduire que D.R. et H.R. avaient agressé sexuellement les enfants.

Selon le juge Major, le témoignage des enfants a été présenté de telle façon que «le juge du procès devait ou bien croire que le témoignage des enfants était crédible et prononcer un verdict de culpabilité à la fois de grossière indécence et d'agression sexuelle, ou bien avoir un doute raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve, et prononcer l'acquiescement» (par. 49). Le juge Major conclut qu'en ajoutant foi à une partie seulement du témoignage des enfants, le juge du procès a tiré des «conclusions incohérentes» et a commis une erreur

90

91

92

trial judge made “inconsistent findings” and committed an error of law. He would order a new trial.

93

However, a trial judge commits an error of law if he or she errs in respect of some principle of law or as to the legal effect of undisputed facts: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at pp. 294-96. Clearly, we are not dealing here with undisputed facts. Moreover, there is no principle of law that requires a trier of fact to believe or disbelieve a witness's testimony in its entirety. Indeed, the contrary proposition seems indisputable: a trier of fact may believe a witness's testimony in whole, in part, or not at all. See, for example, *R. v. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318 (C.A.); *R. v. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249 (B.C.C.A.), at p. 253; *R. v. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60 (C.A.). There is therefore no basis on which it can be said that the trial judge committed an error of law.

94

I would agree that inconsistency in the verdicts — a combination of verdicts which no reasonable trier of fact would have rendered on the evidence — would be a ground of appeal. However, in such a case, the appeal would not be based on an error of law, but on the unreasonableness of the verdicts. This Court recognized the principle in *Koury v. The Queen*, [1964] S.C.R. 212, but it is Evans J.A.'s formulation, in *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), at p. 519, which has come to be universally accepted:

If the verdicts are violently at odds and the same basic ingredients are common to both charges then the conviction will be quashed but the onus is on the appellant to show that no reasonable jury who had applied their minds to the evidence could have arrived at that conclusion.

See *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at pp. 55-56; *Mulvaney*, *supra*; *R. v. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178 (Man. C.A.), at pp. 181-82; *R. v. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (C.A.); *R. v. Hynes* (1994), 134 N.S.R. (2d) 134 (C.A.), at p. 136; *Peterson*, *supra*; *R. v. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122.

de droit. Il ordonnerait la tenue d'un nouveau procès.

Cependant, un juge du procès commet une erreur de droit s'il erre concernant un principe de droit ou quant à l'effet juridique de faits non contestés: *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, aux pp. 294 à 296. Il est évident qu'il n'est pas question ici de faits non contestés. De plus, aucun principe de droit n'exige qu'un juge des faits croie ou rejette en totalité le témoignage d'une personne. En fait, le contraire semble incontestable: un juge des faits peut ajouter foi à la totalité ou à une partie du témoignage d'une personne, ou ne pas y ajouter foi du tout. Voir, par exemple, *R. c. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318 (C.A.); *R. c. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249 (C.A.C.-B.), à la p. 253; *R. c. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60 (C.A.). En conséquence, rien ne permet d'affirmer que le juge du procès a commis une erreur de droit.

Je conviens que l'incohérence des verdicts — un ensemble de verdicts qu'aucun juge du procès raisonnable n'aurait prononcés compte tenu de la preuve — serait un moyen d'appel. Cependant, dans un tel cas, l'appel serait fondé non pas sur une erreur de droit, mais sur le caractère déraisonnable des verdicts. Notre Cour a reconnu ce principe dans l'arrêt *Koury c. La Reine*, [1964] R.C.S. 212; cependant, c'est la formulation du juge Evans dans l'arrêt *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), à la p. 519, qui est devenue universellement acceptée:

[TRADUCTION] Si les verdicts sont extrêmement discordants et si les mêmes éléments de base sont communs aux deux accusations, il y aura alors annulation de la déclaration de culpabilité, mais, il incombera à l'appellant de démontrer qu'aucun jury raisonnable, ayant pris soin d'examiner la preuve, n'aurait pu arriver à cette conclusion.

Voir *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), aux pp. 55 et 56; *Mulvaney*, précité; *R. c. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178 (C.A. Man.), aux pp. 181 et 182; *R. c. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (C.A.); *R. c. Hynes* (1994), 134 N.S.R. (2d) 134 (C.A.), à la p. 136; *Peterson*, précité; *R. c. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122.

Applying this principle to the case at bar, it is clear that the verdicts are not inconsistent in the least. As McLachlin J. states in her reasons, there was considerable medical and other corroborative evidence to support the sexual assault charges, including physical evidence of scarring and psychological evidence of hypersexualized behaviour attributable to prolonged sexual abuse from a young age. By contrast, the gross indecency charges rested entirely on the children's testimony that they had been forced to touch D.R. and H.R. sexually. Corroboration is by no means a requirement for a finding of credibility; nevertheless, the existence of independent evidence establishing that the children had been sexually assaulted could only strengthen the Crown's case on the sexual assault charges. On the evidence presented at trial, a reasonable trial judge could find the appellants guilty of sexual assault while entertaining doubt as to whether they had committed gross indecency.

It is not surprising, therefore, that Major J. refrains from holding that the convictions against D.R. and H.R. are unreasonable. Major J. nevertheless asserts that the findings are inconsistent; however, if an impugned combination of verdicts could reasonably be rendered by a trier of fact properly directed as to the law, then I fail to see how they can be said to be inconsistent.

According to Major J., the "inconsistency" results from an error of law which the trial judge committed "by applying a finding of fact to different questions of law in a manner that was not uniform" (para. 50). This argument was not raised by the dissenting judge in the Court of Appeal or by any of the appellants before us, and, in addition, it is unfounded. As Major J. himself observes, the trial judge made the following findings of fact: "[s]he accepted the children's testimony in regard to the sexual acts performed on them by the appellants, but entertained a reasonable doubt as to whether the children were forced to perform sex-

Si on applique ce principe au présent pourvoi, il devient clair que les verdicts ne sont pas le moins-drement incohérents. Comme le juge McLachlin l'affirme dans ses motifs, il y avait une abondante preuve médicale et autre preuve corroborant les accusations d'agression sexuelle, dont la preuve matérielle des cicatrices et la preuve psychologique d'un comportement hypersexualisé attribuable à des abus sexuels prolongés dont une personne a été victime depuis son enfance. Par contre, les accusations de grossière indécence reposaient entièrement sur le témoignage des enfants voulant qu'ils aient été forcés de faire des attouchements sexuels sur D.R. et H.R. La corroboration n'est aucunement nécessaire pour pouvoir conclure à la crédibilité; néanmoins, l'existence d'une preuve indépendante établissant que les enfants avaient été agressés sexuellement ne pourrait que renforcer la preuve du ministère public relativement aux accusations d'agression sexuelle. Selon la preuve produite à l'audience, un juge du procès raisonnable pourrait déclarer les appelants coupables d'agression sexuelle, tout en entretenant des doutes qu'ils aient accompli des actes de grossière indécence.

En conséquence, il n'est pas étonnant que le juge Major s'abstienne de conclure que les déclarations de culpabilité prononcées contre D.R. et H.R. sont déraisonnables. Le juge Major affirme néanmoins que les conclusions tirées sont incohérentes; toutefois, si un juge des faits bien instruit en droit pouvait raisonnablement prononcer une combinaison contestée de verdicts, je ne vois pas comment on peut dire qu'ils sont incohérents.

Selon le juge Major, l'«incohérence» résulte d'une erreur de droit que le juge du procès a commise «en appliquant, de manière non uniforme, une conclusion de fait à diverses questions de droit» (par. 50). Cet argument n'a pas été soulevé par le juge dissident en Cour d'appel ni par aucun des appelants devant notre Cour, et de surcroît, il n'est pas fondé. Comme le fait observer le juge Major lui-même, le juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes: «[e]lle a accepté le témoignage des enfants relativement aux actes sexuels accomplis sur eux par les appelants, mais elle avait un doute raisonnable quant à savoir si les

ual acts on the appellants” (para. 49). Applying the law to these two factual findings, the trial judge properly found the appellants guilty of the offence involving sexual acts performed on the children — sexual assault — and not guilty of the offence of gross indecency, which required proof that the children had been forced to perform sexual acts on the appellants. When a trial judge’s factual findings lead to the conclusion that an accused is guilty of one offence and not guilty of another offence, there is no overriding principle of “uniformity” that requires the trial judge to convict the accused of both offences or else acquit the accused of both.

enfants avaient été forcés d’accomplir des actes sexuels sur les appelants» (par. 49). Appliquant le droit à ces deux conclusions de fait, le juge du procès a, à juste titre, déclaré les appelants coupables de l’infraction comportant l’accomplissement d’actes sexuels sur les enfants — l’agression sexuelle —, et non coupables de l’infraction de grossière indécence, qui nécessitait la preuve que les enfants avaient été forcés d’accomplir des actes sexuels sur les appelants. Quand les conclusions de fait d’un juge du procès amènent à conclure que l’accusé est coupable d’une infraction et non coupable d’une autre infraction, il n’y a pas de principe dominant d’«uniformité» qui exige que le juge du procès déclare l’accusé coupable des deux infractions, sinon qu’il l’acquitte relativement aux deux.

98 For her part, my colleague McLachlin J. does not argue that the trial judge’s findings are inconsistent. Instead, she writes that the medical and psychological evidence was “not capable of supporting an inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults”, and concludes that the trial judge “erred . . . by relying on the medical and psychological evidence to establish not only that the sexual assaults had occurred but also that they had been perpetrated by D.R. and H.R.” (para. 118). McLachlin J. appears to be arguing, as does the majority in the case of D.W., that the evidence against D.R. and H.R. was insufficient to support a finding that they were guilty of sexual assault. It is unclear, if McLachlin J. believes that the evidence is “not capable” of supporting the convictions, why she does not take this analysis to its logical conclusion, and enter acquittals in respect of D.R. and H.R.

Pour sa part, ma collègue le juge McLachlin n’affirme pas que les conclusions du juge du procès sont incohérentes. Elle écrit plutôt que la preuve médicale et psychologique «ne permettait [. . .] pas de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles», et elle conclut que le juge du procès «a commis une erreur en se fondant sur la preuve médicale et psychologique pour conclure non seulement que les agressions sexuelles avaient eu lieu, mais encore que D.R. et H.R. en étaient les auteurs» (par. 118). Le juge McLachlin semble affirmer, à l’instar de la majorité dans le cas de D.W., que la preuve qui pesait contre D.R. et H.R. était insuffisante pour justifier la conclusion qu’ils étaient coupables d’agression sexuelle. Si le juge McLachlin est d’avis que la preuve «ne permet pas» de justifier les déclarations de culpabilité, on ne voit pas clairement pourquoi elle ne pousse pas cette analyse à sa conclusion logique pour prononcer des verdicts d’acquiescement à l’égard de D.R. et H.R.

99 In fact, there was ample evidence to support the trial judge’s finding that the appellants were guilty of sexual assault. The trial judge did not rely solely on the medical and psychological evidence in order to establish the identity of the perpetrators. Rather, she convicted the appellants because she believed the children’s testimony describing the assaults and identifying the appellants as the per-

En fait, il y avait une abondante preuve à l’appui de la conclusion du juge du procès que les appelants étaient coupables d’agression sexuelle. Le juge du procès ne s’est pas fondée uniquement sur la preuve médicale et psychologique pour établir l’identité des auteurs de ces agressions. Elle a plutôt déclaré les appelants coupables parce qu’elle croyait le témoignage dans lequel les enfants décri-

petrators. As with any other testimony, the children's testimony about the sexual assaults was more credible because it was corroborated by medical evidence, including Dr. McKenna's observations after the children's overnight stay at the home of D.R., and psychological evidence which indicated, as McLachlin J. observes, "hypersexualized behaviour said to arise almost always out of prolonged sexual abuse from a young age" (para. 117). The trial judge committed no error in her treatment of this corroborative evidence, or in finding that the children's testimony about the sexual assaults was credible. The trial judge was therefore entitled to conclude that D.R. and H.R. were guilty of sexual assault.

C) *Inadequate Reasons*

Finally, Major J. would set aside the convictions of D.R. and H.R. for assault causing bodily harm, and order a new trial, on the ground that the trial judge failed to "address the confusing evidence" and to "separate fact from fiction" (para. 54), i.e., to state specifically which parts of the evidence were disbelieved. However, we have never held that a new trial can be ordered simply because the reasons do not deal with deficiencies in the evidence. My colleague's assertion contradicts our unanimous decision in *Burns, supra*. At p. 664, McLachlin J. wrote:

The Court of Appeal's main concern was not that there was insufficient evidence to support the verdicts of guilty, nor that those verdicts were unreasonable, but that the trial judge's reasons failed to indicate that he had considered certain frailties in the complainant's evidence. . . .

Failure to indicate expressly that all relevant considerations have been taken into account in arriving at a verdict is not a basis for allowing an appeal under s. 686(1)(a). This accords with the general rule that a trial judge does not err merely because he or she does not

vaient les agressions et identifiaient les appelants comme en étant les auteurs. Comme pour tout autre témoignage, le témoignage des enfants au sujet des agressions sexuelles était plus crédible parce qu'il était corroboré par une preuve médicale, dont les observations effectuées par le Dr McKenna après que les enfants eurent passé la nuit chez D.R., et par une preuve psychologique qui indiquait, comme l'a fait observer le juge McLachlin, l'existence d'«un comportement hypersexualisé qui, dit-on, résulte presque toujours des abus sexuels prolongés dont une personne a été victime depuis son enfance» (par. 117). Le juge du procès n'a commis aucune erreur en traitant cette preuve corroborante ou en concluant à la crédibilité du témoignage des enfants au sujet des agressions sexuelles. Le juge du procès avait donc le droit de conclure que D.R. et H.R. étaient coupables d'agression sexuelle.

C) *Motifs insuffisants*

Enfin, le juge Major annulerait les déclarations de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles prononcées contre D.R. et H.R. et ordonnerait un nouveau procès pour le motif que le juge du procès a omis de «trait[er] des éléments de preuve déroutants» et de «distingu[er] la réalité de la fiction» (par. 54), c'est-à-dire de spécifier à quelles parties de la preuve on n'ajoutait pas foi. Cependant, nous n'avons jamais statué qu'un nouveau procès puisse être ordonné simplement parce que les motifs ne traitent pas des faiblesses de la preuve. L'affirmation de mon collègue va à l'encontre de notre arrêt unanime *Burns*, précité, où le juge McLachlin affirme, à la p. 664:

Ce qui a principalement préoccupé la Cour d'appel, ce n'était pas le fait que la preuve était insuffisante pour justifier les verdicts de culpabilité, ni celui que ces verdicts étaient déraisonnables, mais le fait qu'il ne ressortait pas des motifs du juge du procès que celui-ci avait tenu compte de certaines faiblesses du témoignage de la plaignante . . .

L'omission d'indiquer expressément que tous les facteurs pertinents ont été considérés pour en arriver à un verdict ne constitue pas une raison d'admettre un appel en application de l'al. 686(1)a). Cela est conforme à la règle générale selon laquelle le juge du procès ne com-

give reasons for deciding one way or the other on problematic points. . . .

While we have often acknowledged the wisdom of providing reasons, we have never strayed from the proposition that the absence of reasons or an omission from the reasons are not in themselves an error of law. See, for example, our unanimous decisions in *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991, aff'g (1989), 95 A.R. 304 (C.A.); *Morin*, *supra*, at p. 296; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752, at p. 753; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at p. 251; and *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740, at para. 27, *per* Lamer C.J., and at para. 40, *per* L'Heureux-Dubé J.; and our decisions in *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665, at p. 672; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226, and *R. v. Tortone*, [1993] 2 S.C.R. 973, at p. 985.

met pas une erreur du seul fait qu'il ne motive pas sa décision sur des questions problématiques . . .

Bien que nous ayons souvent reconnu la sagesse d'exposer des motifs, nous ne nous sommes jamais écartés du principe voulant que l'absence de motifs ou une omission dans les motifs ne constitue pas en soi une erreur de droit. Voir, par exemple, les arrêts unanimes de notre Cour *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991, conf. (1989), 95 A.R. 304 (C.A.); *Morin*, précité, à la p. 296; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752, à la p. 753; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, à la p. 251, et *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740, au par. 27, le juge en chef Lamer, et au par. 40, le juge L'Heureux-Dubé, de même que nos arrêts *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665, à la p. 672; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226, et *R. c. Tortone*, [1993] 2 R.C.S. 973, à la p. 985.

101 Major J. would derogate from this established rule by making the insufficiency of reasons a ground of appeal in cases where the evidence is "confused". There is irony in the fact that my colleague provides no reasons, let alone a compelling reason, for this change in the law.

Le juge Major dérogerait à cette règle en faisant de l'insuffisance des motifs un moyen d'appel dans les cas où les éléments de preuve sont «embrouillés». Il est ironique que mon collègue ne donne aucune raison, encore moins une raison impérieuse, de changer ainsi le droit.

102 Indeed, there are good reasons to retain the traditional rule. McLachlin J. described some of them in *Burns*, *supra*, at p. 664:

En fait, il y a de bonnes raisons de conserver la règle traditionnelle. Le juge McLachlin en décrit quelques-unes dans l'arrêt *Burns*, précité, à la p. 664:

This rule makes good sense. To require trial judges charged with heavy caseloads of criminal cases to deal in their reasons with every aspect of every case would slow the system of justice immeasurably. Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out. If they state their conclusions in brief compass, and these conclusions are supported by the evidence, the verdict should not be overturned merely because they fail to discuss collateral aspects of the case.

Cette règle est logique. Obliger les juges du procès qui sont appelés à présider de nombreux procès criminels à traiter, dans leurs motifs, de tous les aspects de chaque affaire ralentirait incommensurablement le système de justice. Les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours. S'ils forment leurs conclusions avec concision et si ces conclusions s'appuient sur la preuve, il n'y a pas lieu d'infirmer le verdict simplement parce qu'ils n'ont pas analysé des aspects accessoires de l'affaire.

103 The rule also reflects the "fundamental premise in the law of appellate review" that an appeal is from an order, and not from the reasons for the order: J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 4. It has always been open to an appellate court to draw inferences about the validity of a verdict or order from the reasons given by the trial judge. For example, if

Cette règle reflète également [TRADUCTION] «la prémisse fondamentale du droit applicable à l'examen en appel», savoir qu'un appel est interjeté contre une ordonnance et non contre les motifs de l'ordonnance: J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 4. Il a toujours été loisible à une cour d'appel de faire, à partir des motifs du juge du procès, des déductions sur

important facts are omitted from the reasons — facts so important that a judge would not have left them out unless they had been overlooked or excluded from consideration — then a court of appeal may well infer from their absence that the decision was made without regard to a material fact. Alternatively, in situations where the trial judge's conclusion seems unreasonable *a priori*, a court of appeal may look to the reasons for some explanation which might persuade it that the verdict was not unreasonable. See, for example, *MacDonald, supra*, at p. 672, *per* Laskin C.J.; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, at p. 14, *per* Estey J.; and *Burns, supra*, at p. 665, *per* McLachlin J. In every such case, however, the only essential question is whether the verdict itself is sound, for “[t]he issue is the reasonableness of the finding not an absence or insufficiency of reasons”: *Barrett, supra*, at p. 753.

In any event, it is incorrect to suggest that the trial judge did not give reasons for her conclusions in the case at bar. On the contrary, she gave meticulous oral reasons for her verdicts. The nature of oral reasons was explained in *R. v. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.), by Côté J.A., whose opinion was adopted unanimously by this Court ([1990] 1 S.C.R. 991). At pp. 313-14, Côté J.A. wrote:

When this trial judge pronounced oral judgment, he was not debating; he had decided what the law was. He did not offer a legal treatise in his oral judgment. He was doubtless telling a number of lay people in the courtroom, notably the accused, what motivated the decision he had made. Anything which he said was given in telegraphic fashion, leaving legally-trained counsel to fill in the rest by using their knowledge of the argument just heard, of the law, and of what had become obvious during the trial.

A trial judge sitting alone need not give any reasons for disbelieving defence evidence: *R. v. Soo* (1965), 56

la validité d'un verdict ou d'une ordonnance. Par exemple, si des faits importants ne figurent pas dans les motifs — des faits si importants qu'un juge ne les aurait laissés tomber que s'ils avaient été oubliés ou soustraits à l'examen —, une cour d'appel pourrait bien alors déduire de leur absence que la décision a été prise sans tenir compte d'un fait substantiel. Subsidiairement, dans les cas où la conclusion du juge du procès semble déraisonnable *a priori*, une cour d'appel peut examiner les motifs dans le but de trouver une explication susceptible de la convaincre que le verdict n'était pas déraisonnable. Voir, par exemple, *MacDonald, précité*, à la p. 672, le juge en chef Laskin, *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, à la p. 14, le juge Estey, et *Burns, précité*, à la p. 665, le juge McLachlin. Cependant, dans chacun de ces cas, la seule question essentielle est de savoir si le verdict est juste en soi, car «[l]e point pertinent est le caractère raisonnable de la décision et non l'absence de motifs ou leur insuffisance»: *Barrett, précité*, à la p. 753.

À tout événement, il est incorrect de laisser entendre que le juge du procès n'a pas motivé ses conclusions en l'instance. Au contraire, elle a donné des motifs oraux méticuleux à l'appui de ses verdicts. Dans l'arrêt *R. c. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.), le juge Côté, dont l'opinion a été adoptée à l'unanimité par notre Cour ([1990] 1 R.C.S. 991), a expliqué la nature des motifs oraux. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 313 et 314:

[TRADUCTION] Lorsque le juge du procès a exposé des motifs oraux, il ne se livrait pas à une discussion; il avait décidé quel était le droit applicable. Il n'a pas présenté un traité de droit dans son jugement oral. Il expliquait sans doute à un certain nombre de profanes dans la salle d'audience, plus particulièrement à l'accusé, ce qui avait motivé sa décision. Tous ses propos étaient sous forme télégraphique, et il a laissé aux avocats, qui ont une formation juridique, le soin de compléter le tout à l'aide de leur connaissance de l'argumentation qu'ils venaient d'entendre, du droit et de ce qui était ressorti pendant le procès.

Un juge du procès qui siège seul n'a pas à exposer les motifs pour lesquels il n'ajoute pas foi à la preuve de la défense: *R. c. Soo* (1965), 56 W.W.R. (N.S.) 189 (C.A.C.-B.), et la jurisprudence qui y est citée.

W.W.R. (N.S.) 189 (B.C.C.A.), and cases cited. Nor are very brief reasons for it a ground of appeal: *ibid.*

Batten J. told counsel that she had made an effort to condense the tremendous quantity of evidence to a summary of manageable size. Nonetheless, her reasons are much more than “telegraphic”. The trial judge’s 15-page summary of the evidence is admirably thorough and relevant, and the rest of her reasons carefully set out her approach to the children’s evidence and all of the essential findings on which the verdicts are based. It is true, of course, that the reasons do not deal exhaustively with the evidence, or indicate specifically that the trial judge disbelieved the “bizarre” testimony to which my colleague refers at par. 53. However, the observations which Major J. made in *Tortone*, *supra*, at p. 985, apply with equal force here:

Although the trial judge did not deal exhaustively with the evidence in reaching his decision, there is no reason to conclude that he was not able to appreciate the evidence. On the contrary the trial judge gave reasons on the evidence for his conclusions. This was adequate, particularly as there is no requirement for a trial judge to comment upon all the evidence in his reasons for judgment: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 296; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226.

In the case at bar, the trial judge’s conclusions are sound, and there is no indication that she disregarded or failed to appreciate any of the evidence. On the contrary, she gave lengthy reasons on the evidence for her conclusions. I can find no basis in the reasons for overturning the convictions.

IV. Admissibility of Fresh Evidence on Appeal

105 Among the people charged with sexual offences in relation to assaults on the complainants was Mr. K.’s father, Peter K. Following the appellants’ trial, Peter K. pleaded guilty to charges of having sexually assaulted the complainants. The appellants sought to have the certificate of conviction

L’existence de motifs très brefs ne constitue pas non plus un moyen d’appel: *ibid.*

Madame le juge Batten a dit aux avocats qu’elle s’était efforcée de ramener à des dimensions pratiques l’énorme quantité d’éléments de preuve. Néanmoins, ses motifs sont beaucoup plus que «télégraphiques». Le résumé de 15 pages que le juge du procès a fait de la preuve est admirablement complet et pertinent, et la façon dont elle aborde le témoignage des enfants ainsi que toutes les conclusions essentielles sur lesquelles reposent les verdicts sont exposées soigneusement dans le reste de ses motifs. Bien entendu, il est vrai que les motifs ne traitent pas exhaustivement de la preuve ou n’indiquent pas expressément que le juge du procès n’a pas ajouté foi au témoignage «bizarre» dont parle mon collègue au par. 53. Cependant, les observations que fait le juge Major dans l’arrêt *Tortone*, précité, à la p. 985, sont tout aussi applicables en l’espèce:

Bien que le juge du procès n’ait pas examiné exhaustivement la preuve pour en arriver à sa décision, il n’y a aucune raison de conclure qu’il n’était pas en mesure de l’apprécier. Au contraire, le juge du procès a fondé ses conclusions sur la preuve. Cela était adéquat étant donné, particulièrement, que le juge du procès n’est pas tenu de faire des commentaires sur l’ensemble de la preuve dans ses motifs de jugement: *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, à la p. 296; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226.

En l’espèce, les conclusions du juge du procès sont justes et rien n’indique qu’elle n’a pas tenu compte de certains éléments de preuve ou encore qu’elle ne les a pas appréciés. Au contraire, elle s’est basée sur la preuve pour motiver longuement ses conclusions. Je ne vois rien, dans ses motifs, qui justifie d’infirmier les déclarations de culpabilité.

IV. Admissibilité d’une nouvelle preuve en appel

Parmi les personnes accusées d’infractions sexuelles relativement aux agressions commises sur les plaignants, il y avait le père de M. K., Peter K. À la suite du procès des appelants, Peter K. a plaidé coupable relativement à des accusations d’avoir agressé sexuellement les plaignants. Les appelants se sont fondés sur l’arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, pour demander, lors de

admitted as evidence on appeal, relying on *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

Because Major J. disposes of the appeal on other grounds, he does not find it necessary to deal with this issue. For my part, I agree with Cameron J.A. in the Court of Appeal that the fresh evidence is inadmissible on appeal because it could not reasonably have affected the outcome of the trial. The trial judge was aware that Peter K. had been charged with sexually assaulting the complainants and that he had been convicted, earlier, of sexually assaulting two neighbourhood girls. It is sufficient that the trial judge considered this fact, together with all of the other evidence, in determining whether the appellants were guilty of the acts they were alleged to have committed.

V. Conclusion and Disposition

Sexual abuse of children is, sadly, one of the more prevalent crimes in our society: *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 439, *per* L'Heureux-Dubé J.; Paciocco, *supra*, at p. 346. It is also notoriously difficult to prosecute. Because of the power imbalance between the victim and the perpetrator, and the fact that there are usually no witnesses to the crime other than the assailant and the young victim, it has been called "the perfect crime": *L. (D.O.)*, *supra*, at p. 442, *per* L'Heureux-Dubé J. See also A. McGillivray, "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549, at pp. 550-51 and 572.

Accordingly, this case stands out, not only because of the severity of the abuse suffered by the complainants, but also because of the strength of the Crown's case against the appellants. The Crown was fortunate to have medical evidence establishing that the children had been sexually and physically abused, and psychological and other evidence suggesting that the abuse occurred over a long period of time and at a young age. The Crown was also fortunate in that the children were willing and able to testify as to what had occurred to them. While Major J. calls into question the reli-

l'appel, l'admission en preuve du certificat de déclaration de culpabilité.

Parce qu'il tranche le présent pourvoi en fonction d'autres moyens, le juge Major n'estime pas nécessaire d'examiner cette question. Pour ma part, je suis d'accord avec le juge Cameron de la Cour d'appel pour dire que la nouvelle preuve n'est pas admissible en appel parce qu'elle n'aurait pas pu raisonnablement modifier l'issue du procès. Le juge du procès savait que Peter K. avait été accusé d'avoir agressé sexuellement les plaignants et qu'il avait déjà été déclaré coupable d'avoir déjà agressé deux fillettes du voisinage. Il suffit que le juge du procès ait tenu compte de ce fait et de tous les autres éléments de preuve pour décider si les appelants étaient coupables des actes qui leur étaient reprochés.

V. Conclusion et dispositif

Les abus sexuels commis sur des enfants représentent, malheureusement, l'un des crimes les plus répandus dans notre société: *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 439, le juge L'Heureux-Dubé; Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 346. De plus, les poursuites relatives à ce crime sont notoirement difficiles à mener à bien. En raison de l'inégalité du rapport de force entre la victime et l'assaillant et du fait qu'il n'y a habituellement aucun témoin du crime autre que l'assaillant et la jeune victime, on a qualifié ce crime de «crime parfait»: *L. (D.O.)*, précité, à la p. 442, le juge L'Heureux-Dubé. Voir aussi A. McGillivray, «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549, aux pp. 550, 551 et 572.

En conséquence, le présent pourvoi se démarque non seulement en raison de la gravité des abus dont ont été victimes les plaignants, mais aussi en raison de la force de la preuve à charge qui pèse contre les appelants. Le ministère public a eu la chance de disposer d'une preuve médicale établissant que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels et physiques, et d'une preuve psychologique et d'autre nature qui laissait entendre que les abus s'était échelonnés sur une longue période alors que les enfants étaient en bas âge. Le ministère public a également eu la chance de voir les

106

107

108

ability of the children's evidence, there is no reason to believe that the children would falsely identify their parents and their mother's boyfriend as the people who had assaulted them for so many years.

109 Indeed, the record shows that everyone involved in the case took great pains not to do anything that might influence the children's account. For example, when the children first came forward with allegations of abuse, their foster parents scrupulously avoided "correcting" the children's account, "suggesting" to them that parts of the account were not believable, or doing anything that might taint the case: Transcript, at pp. 1718-19 and 1890-93. Later, the children were instructed not to read any transcript of their testimony at the preliminary inquiry and not to discuss the abuse with one another: Transcript, at pp. 1605-8.

110 Given the strength of the Crown's case, and all of the precautions that were taken in respect of the children's evidence, it is hardly surprising that, at the conclusion of the trial, Batten J. was convinced beyond a reasonable doubt that the appellants were guilty of having assaulted the children.

111 With respect, I disagree with my colleagues' decision to overturn the convictions. The trial judge's assessment of the children's credibility was eminently reasonable, and Major J.'s criticisms of the verdicts are based on propositions of law for which there exists neither precedent nor justification. As for the three supposed errors on points of evidence, I have concluded that just one of the rulings was erroneous. The error had no impact on the verdict, and, consequently, no purpose would be served by subjecting the children to the agony of another trial. This is a proper case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

enfants disposés à témoigner, et capables de le faire, relativement à ce dont ils avaient été victimes. Bien que le juge Major mette en doute la fiabilité du témoignage des enfants, il n'y a aucune raison de croire que les enfants auraient faussement identifié leurs parents et l'ami de leur mère comme étant les personnes qui les avaient agressés pendant de si nombreuses années.

En fait, le dossier révèle que toutes les personnes impliquées dans l'affaire ont bien pris soin de ne rien faire qui aurait pu influencer le récit des enfants. Par exemple, lorsque les enfants ont fait, pour la première fois, des allégations d'abus, leurs parents nourriciers ont scrupuleusement évité de [TRADUCTION] «corriger» le récit des enfants, de leur [TRADUCTION] «laisser entendre» que certaines parties de leur récit n'étaient pas dignes de foi, ou de faire quoi que ce soit qui pourrait gâter l'affaire: transcription, aux pp. 1718 et 1719, et 1890 à 1893. Plus tard, on a dit aux enfants de ne pas lire la transcription du témoignage qu'ils ont présenté à l'enquête préliminaire et de ne pas discuter des abus entre eux: transcription, aux pp. 1605 à 1608.

Compte tenu de la force de la preuve à charge et de toutes les précautions qui ont été prises à l'égard du témoignage des enfants, il n'est guère étonnant que madame le juge Batten ait été, à la fin du procès, convaincue hors de tout doute raisonnable que les appelants étaient coupables d'avoir agressé les enfants.

En toute déférence, je ne souscris pas à la décision de mes collègues d'infirmier les déclarations de culpabilité. L'appréciation que le juge du procès a faite de la crédibilité des enfants était fort raisonnable, et les critiques que le juge Major formule au sujet des verdicts prononcés se fondent sur des principes de droit pour lesquels il n'existe ni précédent ni justification. En ce qui concerne les trois prétendues erreurs relatives à la preuve, j'ai conclu qu'une seule de ces décisions était erronée. Cette erreur n'a eu aucune incidence sur le verdict et, par conséquent, il ne servirait à rien de faire subir aux enfants le supplice d'un autre procès. C'est un cas où il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

In the result, I would dismiss the appeal.

En définitive, je rejetterais le pourvoi. 112

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CORY and IACOBUCCI JJ. (dissenting in part) — We are in agreement with the reasons of Justice Major except that rather than acquitting D.W. we would order a new trial for him as well as D.R. and H.R.

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents en partie) — Nous souscrivons aux motifs du juge Major sauf que, au lieu d'acquitter D.W., nous ordonnerions la tenue d'un nouveau procès pour lui ainsi que pour D.R. et H.R. 113

The trial judge convicted D.W. of sexually assaulting the children but acquitted him on the charges of gross indecency. As Major J. observes the conviction was based solely on the testimony of the children. In his view, the trial judge made errors of law and, given the weakness of the evidence supporting his conviction, Major J. would enter an acquittal for D.W. It is true that some of the children's evidence was bizarre and in some instances it was suspiciously identical. Yet the fact remains that the children were sexually abused. The only issue was by whom. The reasons given by the trial judge for convicting the accused D.W. of these serious charges on this evidence were unsatisfactory and the conviction cannot be sustained. Nevertheless in looking at all the circumstances of this case, there remains some evidence from the children's testimony that is sufficient in our view to warrant the holding of a new trial rather than entering an acquittal. In this respect, the trial judge considered the children's testimony sufficiently convincing to convict D.W. of sexual assault. In these circumstances rather than acquit we believe it appropriate to direct a new trial for D.W. as well as the other appellants.

Le juge du procès a déclaré D.W. coupable d'avoir agressé sexuellement les enfants, mais il l'a acquitté relativement aux accusations de grossière indécence. Comme le juge Major le fait observer, la déclaration de culpabilité se fondait uniquement sur le témoignage des enfants. Le juge Major estime que le juge du procès a commis des erreurs de droit et, en raison de la faiblesse de la preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité qu'elle a prononcée, il est d'avis d'acquitter D.W. Il est vrai que certains témoignages des enfants étaient bizarres et qu'ils présentaient, dans certains cas, une ressemblance douteuse. Il reste, pourtant, que les enfants ont été victimes d'abus sexuels. Il s'agissait uniquement de savoir qui était l'auteur de ces abus. Les raisons que le juge du procès a données pour déclarer l'accusé D.W. coupable de ces accusations graves en fonction de ces témoignages étaient insuffisantes, et la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue. Néanmoins, compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire, il reste, du témoignage des enfants, certains éléments de preuve qui, à notre avis, sont suffisants pour justifier la tenue d'un nouveau procès plutôt que l'inscription d'un verdict d'acquiescement. À cet égard, le juge du procès a considéré que le témoignage des enfants était suffisamment convaincant pour déclarer D.W. coupable d'agression sexuelle. Dans ces circonstances, nous croyons qu'il convient davantage d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour D.W. et les autres appelants que de les acquitter. 114

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

MCLACHLIN J. — While I agree with Justice Major as to the disposition of this appeal, I would characterize the error committed by the trial judge

LE JUGE MCLACHLIN — Bien que je souscrive à la façon dont le juge Major statue sur le pourvoi, je qualifierais de façon quelque peu différente l'er- 115

in convicting D.R. and H.R. of sexual assault somewhat differently.

116 Major J. suggests that the trial judge erred in law by failing to apply in a uniform manner her finding as to the children's credibility. Since the trial judge found the children's testimony to be credible, and since their testimony regarding the incidents of sexual assault could not logically be severed from their testimony about the incidents of gross indecency, Major J. suggests that the trial judge was compelled to arrive at the same verdict on both charges. On this theory, the only consistent application of the credibility finding would have been to convict D.R. and H.R. of both sexual assault and gross indecency.

117 Major J.'s approach implies that the only relevant evidence in respect of the sexual assault and gross indecency charges was the testimony of the children. In fact, there was an abundance of medical and psychological evidence to support the charges of sexual assault. This evidence consisted of physical indicia, such as scarring, as well as hypersexualized behaviour said to arise almost always out of prolonged sexual abuse from a young age. No similar supporting evidence was available in respect of the gross indecency charges. It was therefore open to the trial judge to have found that the children had been sexually assaulted, but to have had a reasonable doubt as to whether the acts of gross indecency had occurred.

118 Having found that the children had been sexually assaulted, it remained for the trial judge to deal with the crucial issue of identity. At this stage, the trial judge erred, in my respectful opinion, by relying on the medical and psychological evidence to establish not only that the sexual assaults had occurred but also that they had been perpetrated by D.R. and H.R. The vast majority of this evidence was simply not capable of supporting an inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults.

reur commise par le juge du procès en déclarant D.R. et H.R. coupables d'agression sexuelle.

Le juge Major laisse entendre que le juge du procès a commis une erreur de droit en n'appliquant pas uniformément sa conclusion relative à la crédibilité des enfants. Le juge Major affirme que le juge du procès était forcée d'en arriver au même verdict relativement aux deux accusations, vu sa conclusion que le témoignage des enfants était crédible et étant donné que leur témoignage concernant les épisodes d'agression sexuelle ne pouvait pas logiquement être séparé de celui concernant les épisodes de grossière indécence. Suivant cette théorie, la seule application uniforme de la conclusion relative à la crédibilité aurait consisté à déclarer D.R. et H.R. coupables à la fois d'agression sexuelle et de grossière indécence.

Le point de vue du juge Major suppose que la seule preuve pertinente concernant les accusations d'agression sexuelle et de grossière indécence était le témoignage des enfants. En fait, il y avait une abondante preuve médicale et psychologique à l'appui des accusations d'agression sexuelle. Cette preuve consistait en des signes physiques comme des cicatrices, ainsi qu'en un comportement hypersexualisé qui, dit-on, résulte presque toujours des abus sexuels prolongés dont une personne a été victime depuis son enfance. On ne disposait d'aucune preuve semblable à l'appui des accusations de grossière indécence. Le juge du procès aurait donc pu conclure que les enfants avaient été victimes d'agression sexuelle, tout en ayant un doute raisonnable quant à savoir si les actes de grossière indécence avaient été accomplis.

Après avoir conclu que les enfants avaient été victimes d'agression sexuelle, il restait au juge du procès à examiner la question cruciale de l'identité. En toute déférence, je suis d'avis qu'à ce stade le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur la preuve médicale et psychologique pour conclure non seulement que les agressions sexuelles avaient eu lieu, mais encore que D.R. et H.R. en étaient les auteurs. La majeure partie de cette preuve ne permettait tout simplement pas de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles.

The children's allegations of abuse were initially directed at the K. family, with whom they had lived from February 1987 until late 1989 or early 1990. Thereafter, the allegations expanded to include D.R. and H.R., with whom the children had no unsupervised contact since mid-October 1987. Thus, there were essentially two distinct periods during which abuse was alleged to have occurred. The difficulty with virtually all of the medical and psychological evidence was that it was as consistent with the abuse having been perpetrated by the K. family as by D.R. and H.R. Dr. Yelland examined the children in 1990 and 1991 and found indications of sexual and physical abuse. Based on his estimates as to the ages of the various scars and burns on the children's bodies, Dr. Yelland testified that he was unable to rule out the possibility that "everything happened after the children went into . . . the [K.] foster home".

Evidence bearing specifically on the time period when the children were living with their parents was given by Mrs. Francis, Michael's teacher. She testified that during the 1986-87 school year, Michael was sexually aggressive, immature, and liked to cross-dress. Although there was some improvement in his behaviour after being transferred to the K. family home, his behaviour worsened from September 1987 onward, deteriorating to such an extent that he failed to complete the 1988-89 school year. Even if this evidence was capable of supporting an inference that the sexual assaults were perpetrated on Michael by his parents, it is silent as to the identity of the perpetrator(s) of the sexual assaults on the two girls. This suggests error on the part of the trial judge in identifying D.R. and H.R. as the perpetrators of the sexual assaults on the girls, and possible error in identifying D.R. and H.R. as the perpetrators of the sexual assaults on Michael.

I conclude that the trial judge erred in law in characterizing the medical and psychological evi-

À l'origine, les allégations d'abus des enfants visaient la famille K. où ils avaient vécu à partir de février 1987 jusqu'à la fin 1989 ou début 1990. Par la suite, ces allégations en sont venues à viser également D.R. et H.R. avec qui les enfants n'étaient pas entrés en contact non surveillé depuis la mi-octobre 1987. Ainsi, il y avait essentiellement deux périodes distinctes pendant lesquelles des abus auraient été commis. La difficulté que posait presque toute la preuve médicale et psychologique était qu'elle pouvait laisser croire que les abus avaient été commis autant par la famille K. que par D.R. et H.R. Le Dr Yelland a examiné les enfants en 1990 et en 1991 et il a découvert des signes d'abus sexuels et physiques. Compte tenu de son estimation de l'âge des diverses cicatrices et brûlures constatées sur le corps des enfants, le Dr Yelland a témoigné qu'il ne pouvait pas écarter la possibilité que [TRADUCTION] «tout se soit produit après que les enfants eurent été placés dans [. . .] le foyer d'accueil [K.]».

Le témoignage de Mme Francis, l'enseignante de Michael, était pertinent quant à la période pendant laquelle les enfants ont vécu avec leurs parents. Elle a affirmé avoir remarqué chez Michael, pendant l'année scolaire 1986-1987, un comportement sexuel agressif, une absence de maturité et un goût pour le travestissement. Malgré une certaine amélioration constatée après qu'il eut été placé dans la famille K. le comportement de Michael s'est détérioré, à partir de septembre 1987, à ce point qu'il n'a pas terminé l'année scolaire 1988-1989. Même si ce témoignage pouvait permettre de déduire que ce sont les parents de Michael qui sont les auteurs des abus sexuels dont il a été victime, il ne précise rien quant à l'identité de l'auteur ou des auteurs des agressions sexuelles commises sur les deux jeunes filles. Cela laisse supposer que le juge du procès a commis une erreur en identifiant D.R. et H.R. comme étant les auteurs des agressions sexuelles sur les jeunes filles, et peut-être bien une autre erreur en identifiant ces deux mêmes personnes comme étant les auteurs des agressions sexuelles dont Michael avait été victime.

Je conclus que le juge du procès a commis une erreur de droit en considérant que la preuve médi-

dence as evidence capable of supporting the inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults on the three children. It follows that I would dispose of the appeal in the manner proposed by Major J.

Appeal allowed and acquittal entered in the case of D.W., L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting. Appeal allowed and new trial ordered in the case of D.R. and H.R., L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant D.R.: Ebert, Sim, Crookshanks & Associates, Saskatoon.

Solicitors for the appellant H.R.: Hillson, Lawrence, Cooper & Soder, North Battleford.

Solicitors for the appellant D.W.: Quon Ferguson MacKinnon Walters, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: The Office of the Attorney General for Saskatchewan, Regina.

cale et psychologique permettait de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles commises sur les trois enfants. En conséquence, je statuerais sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Major.

Pourvoi accueilli et acquittement prononcé dans le cas de D.W., les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et IACOBUCCI sont dissidents. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée dans le cas de D.R. et de H.R., le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant D.R.: Ebert, Sim, Crookshanks & Associates, Saskatoon.

Procureurs de l'appelante H.R.: Hillson, Lawrence, Cooper & Soder, North Battleford.

Procureurs de l'appelant D.W.: Quon Ferguson MacKinnon Walters, Saskatoon.

Procureur de l'intimée: Le Bureau du procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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. 2

3^e cahier, 1996 Vol. 2

Cited as [1996] 2 S.C.R. 345-506

Renvoi [1996] 2 R.C.S. 345-506

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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

CONTENTS

Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc. 345

Workers' compensation — Harassment — Employee, victim of sexual harassment and harassment in the workplace, receiving compensation under Act respecting industrial accidents and occupational diseases — Whether employee may in addition bring civil liability action based on Charter of Human Rights and Freedoms against her employers — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51, 52.

Civil rights — Prohibited harassment — Remedy — Compensatory and exemplary damages — Employee, victim of sexual harassment and harassment in the workplace, receiving compensation under Act respecting industrial accidents and

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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

SOMMAIRE

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. 345

Accident du travail — Harcèlement — Employée victime de harcèlement sexuel et de harcèlement au travail indemnisée en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — L'employée peut-elle exercer en plus contre ses employeurs un recours en responsabilité civile fondé sur la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51, 52.

Libertés publiques — Harcèlement interdit — Réparation — Dommages compensatoires et exemplaires — Employée victime de harcèlement sexuel et de harcèlement au travail indemnisée en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

occupational diseases — Whether employee may in addition bring civil liability action based on Charter of Human Rights and Freedoms against her employers — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51, 52.

Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd...... 495

Courts — Jurisdiction — Injunction — Labour dispute between federally regulated employer and employees concerning new work schedule — Union seeking injunction in British Columbia Supreme Court to postpone implementation of new work schedule until dispute settled by arbitrator — Whether British Columbia Supreme Court had jurisdiction to issue interim injunction — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

Labour law — Injunction — Labour dispute between federally regulated employer and employees concerning new work schedule — Union seeking injunction in British Columbia Supreme Court to postpone implementation of new work schedule until dispute settled by arbitrator — Whether British Columbia Supreme Court had jurisdiction to issue interim injunction — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

R. v. Bardales..... 461

Criminal law — Trial — Charge to jury — Identification — Trial judge properly charging jury with respect to special need for caution in considering identification evidence.

R. v. Goldhart..... 463

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused arrested on premises searched pursuant to invalid search warrant — Marijuana seized but excluded from evidence — Person arrested with accused pleading guilty in prior trial and testifying for Crown at accused's trial — Whether witness' evidence obtained in a manner that breached the Charter — If so, whether its admission would bring the administration of justice into disrepute — Whether a temporal connection existed between the witness' evidence and the Charter breach and whether any causal connection with the Charter breach was too remote — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. McCarthy..... 460

Constitutional law — Charter of Rights — Search or seizure — Trial judge erring in finding that conduct of search not unreasonable — New trial ordered.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

maladies professionnelles — L'employée peut-elle exercer en plus contre ses employeurs un recours en responsabilité civile fondé sur la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51, 52.

Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée..... 495

Tribunaux — Compétence — Injunction — Conflit concernant un nouvel horaire de travail entre un employeur et des employés assujettis à la législation fédérale — Demande d'injunction par le syndicat à la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de faire surseoir à l'application du nouvel horaire de travail jusqu'au règlement du conflit par un arbitre — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour décerner l'injunction provisoire? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

Droit du travail — Injunction — Conflit concernant un nouvel horaire de travail entre un employeur et des employés assujettis à la législation fédérale — Demande d'injunction par le syndicat à la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de faire surseoir à l'application du nouvel horaire de travail jusqu'au règlement du conflit par un arbitre — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour décerner l'injunction provisoire? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

R. c. Bardales..... 461

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Identification — Juge du procès donnant au jury des directives appropriées sur le besoin particulier de prudence dans l'examen de la preuve d'identification.

R. c. Goldhart..... 463

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Arrestation de l'accusé dans des lieux faisant l'objet d'une perquisition fondée sur un mandat non valide — Marijuana saisie mais déclarée non admissible en preuve — Personne arrêtée en même temps que l'accusé plaçant coupable lors d'un procès antérieur et déposant pour le compte du ministère public au procès de l'accusé — La déposition de ce témoin a-t-elle été obtenue dans des conditions qui violent la Charte? — Dans l'affirmative, son utilisation est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Existe-t-il un lien temporel entre la déposition du témoin et la violation de la Charte, et tout lien causal qui peut exister avec la violation de la Charte est-il trop éloigné? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Michaud 458

Criminal law — Charge to jury — Crown's address to jury exceeding limits laid down by this Court — Whether trial judge inadequately directed jury with respect to these improprieties — Whether charge defective with respect to corroborative evidence or alibi evidence — Whether application should be considered to adduce fresh evidence.

Semelhago v. Paramadevan 415

Contracts — Breach of contract — Damages — Sale of real property — Damages in lieu of specific performance — Vendor refusing to close sale of property to purchaser — Purchaser suing for damages in lieu of specific performance — Property values rising after closing date — Whether damages should be assessed as of date of trial — Whether purchaser entitled to recover increase in value of property to be purchased and retain increase in value of own unsold residence.

International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd. 432

Labour relations — Canada Labour Relations Board — Jurisdiction — Certification — Whether Board had jurisdiction to conclude that bargaining unit proposed by union was not appropriate — If so, whether decision was patently unreasonable.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. McCarthy 460

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Juge du procès commettant une erreur en concluant que la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive — Nouveau procès ordonné.

R. c. Michaud 458

Droit criminel — Exposé au jury — Exposé du substitut du procureur général au jury excédant les limites fixées par notre Cour — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur ces irrégularités? — L'exposé du juge du procès était-il déficient relativement à la preuve corroborante ou à la preuve d'alibi? — Y a-t-il lieu d'examiner la demande de production de nouveaux éléments de preuve?

Semelhago c. Paramadevan 415

Contrats — Inexécution de contrat — Dommages-intérêts — Vente d'immeuble — Dommages-intérêts au lieu de l'exécution intégrale — Vendeur refusant de compléter la vente d'un immeuble à l'acquéreur — Acquéreur intentant une action en vue d'obtenir des dommages-intérêts au lieu de l'exécution intégrale — Augmentation de la valeur des immeubles après la date fixée pour transférer la propriété — Les dommages-intérêts devraient-ils être évalués à la date du procès? — L'acquéreur avait-il droit à la plus-value de l'immeuble qu'il devait acheter et à celle de sa propre résidence invendue?

Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd. 432

Relations de travail — Conseil canadien des relations du travail — Compétence — Accréditation — Le Conseil avait-il compétence pour conclure que l'unité de négociation proposée par le syndicat n'était pas habile à négocier collectivement? — Dans l'affirmative, sa décision était-elle manifestement déraisonnable?

Louissette Béliveau St-Jacques *Appellant*

v.

The Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN) and the Confederation of National Trade Unions *Respondents*

and

Pierre Gendron and the Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Confédération des syndicats nationaux (CSN) *Mis en cause*

and

The Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intervener*

INDEXED AS: BÉLIVEAU ST-JACQUES v. FÉDÉRATION DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS DE SERVICES PUBLICS INC.

File No.: 22339.

1995: November 3; 1996: June 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Workers' compensation — Harassment — Employee, victim of sexual harassment and harassment in the workplace, receiving compensation under Act respecting industrial accidents and occupational diseases — Whether employee may in addition bring civil liability action based on Charter of Human Rights and Freedoms against her employers — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51, 52.

Civil rights — Prohibited harassment — Remedy — Compensatory and exemplary damages — Employee, victim of sexual harassment and harassment in the workplace, receiving compensation under Act respecting industrial accidents and occupational diseases — Whether employee may in addition bring civil liability

Louissette Béliveau St-Jacques *Appelante*

c.

La Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN) et la Confédération des syndicats nationaux *Intimées*

et

Pierre Gendron et le Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Confédération des syndicats nationaux (CSN) *Mis en cause*

et

La Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: BÉLIVEAU ST-JACQUES c. FÉDÉRATION DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS DE SERVICES PUBLICS INC.

N° du greffe: 22339.

1995: 3 novembre; 1996: 20 juin.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Accident du travail — Harcèlement — Employée victime de harcèlement sexuel et de harcèlement au travail indemnisée en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — L'employée peut-elle exercer en plus contre ses employeurs un recours en responsabilité civile fondé sur la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51, 52.

Libertés publiques — Harcèlement interdit — Réparation — Dommages compensatoires et exemplaires — Employée victime de harcèlement sexuel et de harcèlement au travail indemnisée en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — L'employée peut-elle exercer en plus contre ses

action based on Charter of Human Rights and Freedoms against her employers — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51, 52.

The appellant, who alleged that she had been the victim of harassment in the workplace and sexual harassment by one of her supervisors, instituted a liability action based on the *Charter of Human Rights and Freedoms* against her employers and the alleged harasser in the Superior Court. The appellant subsequently obtained compensation under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* ("AIAOD"), for having suffered an employment injury as a result of the same events. The employers then filed a motion to dismiss in which they argued that, because the appellant had obtained compensation from the competent industrial accident authorities, the effect of s. 438 AIAOD and art. 1056a C.C.L.C. was to deprive the Superior Court of jurisdiction in respect of the appellant's civil liability action. They also maintained that the Superior Court lacked jurisdiction *ratione materiae*, which was reserved to the grievance arbitrator under the collective agreement. The Superior Court dismissed the motion and the Court of Appeal, in a majority decision, affirmed this judgment. The employers obtained leave to appeal to this Court but subsequently discontinued their appeal. The appellant then brought a motion to continue the appeal, which was treated as an application for leave to appeal. The motion was granted, which explains her status as appellant. This appeal is to determine whether the victim of an industrial accident who has received compensation under the AIAOD may in addition bring a civil liability action based on the *Charter*. The employers argued, by way of cross-appeal, that if such an action was not barred, it had to be decided by the grievance arbitrator. The issue of whether the AIAOD applies to sexual harassment and harassment in the workplace is not before this Court.

Held (La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting in part): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The object of the AIAOD is to provide compensation for employment injuries and the consequences they entail for beneficiaries. It establishes a compensation system that is based on the principles of insurance and no-fault collective liability, the main purpose of

employeurs un recours en responsabilité civile fondé sur la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51, 52.

L'appelante, qui allègue avoir été victime de harcèlement au travail et de harcèlement sexuel de la part d'un de ses supérieurs, a intenté en Cour supérieure une action en responsabilité, fondée sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, contre ses employeurs et l'auteur présumé du harcèlement. Par la suite, l'appelante a obtenu, en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* («LATMP»), une indemnisation pour avoir subi une lésion professionnelle en raison des mêmes événements. Les employeurs ont alors déposé une requête en irrecevabilité dans laquelle ils soutiennent que, puisque l'appelante a obtenu compensation auprès des instances compétentes en matière d'accidents du travail, les art. 438 LATMP et 1056a C.c.B.C. ont pour effet de faire perdre compétence à la Cour supérieure quant à l'action en responsabilité civile intentée par l'appelante. Ils prétendent également que la Cour supérieure n'a pas compétence *ratione materiae* qui, en vertu de la convention collective, était réservée à l'arbitre de griefs. La Cour supérieure a rejeté la requête et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé ce jugement. Les employeurs ont obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour mais se sont désistés par la suite. L'appelante a alors présenté une requête en continuation de pourvoi qui a été assimilée à une demande d'autorisation de pourvoi. Sa qualité d'appelante découle du fait que la requête a été accordée. Le pourvoi vise à déterminer si la victime d'un accident du travail qui a reçu une compensation en vertu de la LATMP peut, en outre, exercer un recours en responsabilité civile fondé sur la *Charte*. Si un tel recours est disponible, les employeurs prétendent dans le pourvoi incident qu'il doit être exercé devant l'arbitre de griefs. La question de l'applicabilité de la LATMP au harcèlement sexuel et au harcèlement au travail n'est pas en litige devant notre Cour.

Arrêt (les juges La Forest et L'Heureux-Dubé dissidents en partie): Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major: La LATMP vise à remédier aux lésions professionnelles et aux conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires. Elle établit un régime d'indemnisation fondé sur les principes d'assurance et de responsabilité collective sans égard à la faute, axé sur l'indemnisation

which is compensation and thus a form of final liquidation of remedies. The victim of an employment injury receives partial, fixed-sum compensation, and a civil liability action against the victim's employer (s. 438) or against a co-worker who is alleged to have committed a fault in the performance of his or her duties (s. 442) is prohibited. The civil immunity of employers and co-workers under ss. 438 and 442 is broad in scope and applies to an action under s. 49 of the *Charter* based on the events that gave rise to the employment injury, because this remedy, in so far as it authorizes a claim of compensatory and exemplary damages, is a civil liability remedy.

The violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault. Before the advent of the *Charter*, art. 1053 *C.C.L.C.* could provide the basis for a liability action for a violation of fundamental rights. The *Charter* now formalizes standards of conduct that apply to all individuals but the *Charter's* recognition of specific and perhaps still unexplored aspects of the standard of good conduct under the *Civil Code* does not in itself justify a new characterization of the liability resulting from its violation. As is the case with art. 1053, the liability associated with the action for compensatory damages provided for in the first paragraph of s. 49 of the *Charter* is directed to the reparation of harm caused to others by wrongful conduct and must therefore be characterized as civil liability. 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 and cannot authorize double compensation for a given fact situation. 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 wording of the second paragraph of s. 49 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. This 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.

The appellant therefore may not bring a civil liability action based on the *Charter*. The action she brought in

et donc sur une forme de liquidation définitive des recours. La victime d'une lésion professionnelle reçoit une compensation partielle et forfaitaire, et tout recours en responsabilité civile contre l'employeur de la victime (art. 438) et contre le coemployé qui aurait commis une faute dans l'exercice de ses fonctions (art. 442) est interdit. L'immunité civile de l'employeur et du coemployé, qui résulte des art. 438 et 442, est de grande portée et vise le recours prévu à l'art. 49 de la *Charte* qui prendrait appui sur les événements constitutifs de la lésion professionnelle, puisque ce recours, dans la mesure où il confère la faculté de réclamer des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires, est un recours en responsabilité civile.

La violation d'un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile. Avant l'avènement de la *Charte*, une action en responsabilité pour violation de droits fondamentaux pouvait être fondée sur l'art. 1053 *C.c.B.C.* La *Charte* formalise maintenant des normes de conduite qui s'imposent à l'ensemble des citoyens mais la reconnaissance par la *Charte* d'aspects particuliers, et peut-être encore inexplorés, de la norme de bonne conduite qui découle du *Code civil* ne justifie pas en elle-même une qualification nouvelle de la responsabilité découlant de sa violation. Tout comme pour l'art. 1053, la responsabilité liée au recours en dommages compensatoires offert au premier alinéa de l'art. 49 de la *Charte* en est une qui vise la réparation du préjudice causé à autrui par un comportement fautif et qui doit être qualifiée de responsabilité civile. 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 ni ne saurait autoriser la double compensation pour une même situation factuelle. Quant au recours en dommages exemplaires fondé sur le deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, on ne peut le 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 pour le préjudice moral ou matériel subi. La formulation du deuxième alinéa de l'art. 49 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. Ce lien nécessaire avec le comportement fautif constitutif de responsabilité civile permet d'associer le recours en dommages exemplaires aux principes de la responsabilité civile.

L'appelante ne peut donc exercer son recours en responsabilité civile fondé sur la *Charte*. Son action pré-

the Superior Court, in so far as it involved the employers, was prohibited by s. 438. The motion to dismiss the action should have been allowed since the events relied on by the appellant in support of her action had already been characterized by the competent authorities as an employment injury within the meaning of the *AIAOD* and made compensation payable under that Act. This solution is consistent with s. 51 of the *Charter*, which states that the *Charter* must not, as a general rule, be interpreted so as to extend or amend the scope of a provision of law. Allowing the victim of an employment injury to bring a civil liability action based on the *Charter* against his or her employer or a co-worker would necessarily call into question the compromise formalized by the *AIAOD*. Although s. 52 of the *Charter* affirms the relative preponderance of the *Charter*, this section does not include s. 49 in the group of privileged provisions. Only ss. 1 to 38 of the *Charter* prevail over other statutes, which may not derogate from the *Charter* unless they do so expressly. Read together, ss. 51 and 52 show that the legislature did not intend to impose the same formal requirements for derogations from s. 49. That provision, even when invoked because of a violation of one of the rights guaranteed in ss. 1 to 38, does not have the same relative preponderance that they have. In any event, while the exclusion is not express, the language of s. 438 *AIAOD* hardly leaves any doubt as to the legislature's intention, owing to the characteristics of the remedy provided for in s. 49. Section 438 *AIAOD*, which came into effect after the *Charter*, unambiguously indicates that s. 49 of the *Charter* must give way.

Given the conclusion regarding the availability of a civil liability action, it is not necessary to determine whether a grievance could have been filed under the collective agreement. If that had been the case, however, the arbitrator could not have awarded damages for the prejudice suffered as a result of the employment injury. The exclusion of a civil liability action also applies to the grievance arbitrator.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting in part): As regards liability and for the purposes of s. 438 *AIAOD*, the *Charter* does not create a parallel system. The overlap between the general law system and that of the *Charter*, however, is limited to the elements of liability and the compensatory remedy provided for in the first paragraph of s. 49 of the *Charter*. The conditions for establishing a liability-related right — namely fault, prejudice and a causal connection — and the compensatory remedy derive for both systems from general civil law principles. The two sources of compensation merge,

sentée devant la Cour supérieure, dans la mesure où elle mettait en jeu les employeurs, était prohibée par l'art. 438. La requête en rejet d'action aurait dû être accueillie puisque les événements invoqués par l'appelante au soutien de son action avaient déjà été qualifiés par les autorités compétentes de lésion professionnelle au sens de la *LATMP* et donnaient lieu à compensation en vertu de cette loi. Cette solution est compatible avec l'art. 51 de la *Charte* qui précise que la *Charte* ne doit pas, en règle générale, être interprétée de manière à augmenter ou modifier la portée d'une disposition de la loi. Permettre à la victime d'une lésion professionnelle de faire valoir un recours en responsabilité civile fondé sur la *Charte* contre son employeur ou contre un coemployé reviendrait nécessairement à remettre en question le compromis consacré par la *LATMP*. Bien que l'art. 52 de la *Charte* affirme la prépondérance relative de la *Charte*, cet article n'inclut pas l'art. 49 au sein du groupe des dispositions privilégiées. Seuls les art. 1 à 38 de la *Charte* ont préséance sur les autres lois, qui ne peuvent y déroger qu'expressément. Les articles 51 et 52, lus conjointement, témoignent de l'intention du législateur de ne pas imposer les mêmes exigences de forme pour la dérogation à l'art. 49. Cette dernière disposition, même lorsqu'elle est invoquée en raison d'une violation d'un des droits garantis aux art. 1 à 38, ne participe pas de leur prépondérance relative. À tout événement, si l'exclusion n'est pas expresse, le langage de l'art. 438 *LATMP* ne laisse guère de doute quant à l'intention du législateur, en raison des caractéristiques du recours offert par l'art. 49. L'article 438 *LATMP*, qui est entré en vigueur après la *Charte*, indique sans ambiguïté que l'art. 49 de la *Charte* doit céder le pas.

Vu la conclusion relative à la disponibilité du recours en responsabilité civile, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il aurait pu y avoir dépôt d'un grief en vertu de la convention collective. Toutefois, si tel avait été le cas, l'arbitre n'aurait pu accorder des dommages-intérêts en raison du préjudice subi à la suite de la lésion professionnelle. L'exclusion du recours en responsabilité civile vaut également pour l'arbitre de griefs.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents en partie): En matière de responsabilité et pour les fins de l'art. 438 *LATMP*, la *Charte* ne crée pas de régime parallèle. Cependant, la portée du chevauchement entre le régime de droit commun et celui de la *Charte* se limite aux éléments de la responsabilité de même qu'au redressement de nature compensatoire prévu au premier alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Les conditions d'établissement du droit subjectif relatif à la responsabilité — soit la faute, le préjudice et le lien de causalité — et le redressement de nature compensatoire découlent pour

which makes it possible to avoid double compensation for prejudice. However, the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, which provides for an exemplary remedy where there has been “unlawful and intentional” interference with the fundamental rights guaranteed therein, differs from the general law in that it establishes a remedy that is autonomous and distinct from compensatory remedies. This exceptional concept in Quebec law, which is related to the law’s role of punishment and deterrence, is unrelated to the overlap of the general law system with that of the *Charter*. In short, although in order to claim exemplary damages under the second paragraph of s. 49, the elements of liability must be established in accordance with the general law rules, the remedy available for a violation of that law derives from a specific statute, the Quebec *Charter*.

The no-fault employment injury compensation system under the *AIAOD* does not preclude the awarding of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* because of the employers’ civil immunity clause in s. 438 *AIAOD*. Section 438 *AIAOD* is limited to civil liability “actions” (art. 1056a *C.C.L.C.*, which recognizes this civil immunity as part of the general law, speaks of “recourse”). Section 438 therefore does not preclude the conditions for liability from being established. Moreover, s. 438 is limited to “civil liability” actions, that is, the power to sue to obtain compensation for prejudice suffered. Thus, s. 438 does not bar court actions to punish or deter certain types of behaviour. Section 438 *AIAOD* therefore applies only to compensatory actions and remedies and does not cover the exemplary remedy available under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

Above and beyond the semantic arguments, the civil immunity clause under s. 438 *AIAOD* can be reconciled with the specific remedies provided for in the *Charter*. The right not to be harassed in the workplace, which is guaranteed in s. 10.1 of the *Charter*, is included among the rights that are given relative preponderance by s. 52 of the *Charter*. Even though s. 52 expressly mentions only ss. 1 to 38 of the *Charter*, s. 49 has the same relative preponderance because it is incidental to the rights specified in ss. 1 to 38. The precise purpose of the remedies provided for in s. 49 is to enforce those fundamental rights. It is therefore unnecessary for s. 52 to mention s. 49 specifically, since the latter provision simply sets

les deux régimes des principes généraux de droit civil. Les deux sources de réparation se confondent, ce qui permet d’éviter la double compensation du préjudice. Toutefois, le deuxième alinéa de l’art. 49 de la *Charte*, qui prévoit un redressement de nature exemplaire lorsqu’il y a atteinte «illicite et intentionnelle» aux droits fondamentaux qui y sont garantis, se démarque du droit commun en créant un redressement autonome et distinct de la réparation de nature compensatoire. Ce concept d’exception en droit québécois, qui tient plutôt de la nature punitive et dissuasive du droit, n’entre pas dans le champ d’application du chevauchement entre le régime de droit commun et celui de la *Charte*. En somme, bien que, pour réclamer des dommages exemplaires en vertu du deuxième alinéa de l’art. 49, on doit établir les éléments de la responsabilité selon les règles de droit commun, le redressement découlant de la violation de ce droit tire sa source d’une loi particulière, soit la *Charte* québécoise.

Le régime d’indemnisation sans égard à la faute établi par la *LATMP* en matière de lésions professionnelles ne s’oppose pas, en raison de la clause d’immunité civile des employeurs à l’art. 438 *LATMP*, à l’attribution de dommages exemplaires en vertu du deuxième alinéa de l’art. 49 de la *Charte*. L’article 438 *LATMP* est limité aux «actions» (l’art. 1056a *C.c.B.C.*, qui entérine cette immunité civile au niveau du droit commun, parle de «recours») en responsabilité civile. L’article 438 ne fait donc pas obstacle à l’établissement des conditions d’existence de la responsabilité. Par ailleurs, l’art. 438 est limité aux actions en «responsabilité civile», c’est-à-dire à la faculté d’agir en justice afin d’obtenir compensation pour le préjudice subi. Ainsi, l’art. 438 n’empêche pas les actions en justice qui ont pour objet de punir certaines conduites ou de dissuader de les adopter. L’article 438 *LATMP* ne vise donc que les actions et les réparations de nature compensatoire et ne couvre pas le redressement de nature exemplaire qui résulte du deuxième alinéa de l’art. 49 de la *Charte*.

Au-delà des arguments d’ordre sémantique, il est possible de concilier la clause d’immunité civile prévue à l’art. 438 *LATMP* avec les redressements particuliers prescrits par la *Charte*. Le droit de ne pas être harcelé au travail, garanti à l’art. 10.1 de la *Charte*, fait partie des droits qui jouissent d’une prépondérance relative en vertu de l’art. 52 de la *Charte*. Même si l’art. 52 ne mentionne expressément que les art. 1 à 38 de la *Charte*, l’art. 49 jouit de la même prépondérance relative puisqu’il est l’accessoire des droits spécifiés aux art. 1 à 38. En effet, les redressements de l’art. 49 ont précisément pour but de faire respecter ces droits fondamentaux. Il n’est donc pas nécessaire que l’art. 52 mentionne spéci-

out the possible remedies and does not guarantee a right. The application of s. 52 in this case also excludes the application of s. 51 of the *Charter*. Because s. 49 prevails over statutes that do not derogate expressly therefrom, the two types of remedies provided for in that section must *prima facie* take precedence over the compensation system under the *AIAOD*. However, although the compensation system under the *AIAOD* authorizes only partial, fixed-sum compensation, it has precisely the same objective as the first paragraph of s. 49, namely providing compensation for prejudice. Since the *AIAOD* adequately attains the objective of the first paragraph of s. 49, there is no need to rely on the relative preponderance provided for in s. 52. The general law system and that of the *Charter* do not overlap, however, in respect of the punitive, deterrent remedy under the second paragraph of s. 49. This provision must be interpreted generously since its purpose is to enforce the fundamental rights guaranteed in the *Charter*. As regards harassment in the workplace, which is covered by s. 10.1 of the *Charter*, this exemplary remedy must therefore, in the event of inconsistency, take precedence over the civil immunity clause in s. 438 *AIAOD* because of the relative preponderance that must be given to s. 10.1. Since s. 438 does not mention exemplary damages, it does not explicitly derogate, as required by s. 52, from the possibility of ordering the payment thereof. The fact that the *AIAOD* came into force after the *Charter* does not show that there was an intention to derogate from the second paragraph of s. 49, since s. 52 expressly states that the *Charter* prevails over all statutory provisions, "even subsequent to the Charter".

Although a number of forums are available in which victims of harassment in the workplace can obtain compensation, in this case it is the grievance arbitrator who has jurisdiction under the collective agreement to decide the appellant's claim for exemplary damages from her employers under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. The power of a grievance arbitrator to apply the law extends to human rights legislation and an arbitrator can award remedies based on such legislation provided that he or she has, as in this case, jurisdiction over the parties (worker/employer), the subject matter of the dispute (harassment in the workplace) under the collective agreement, and the order sought. For an arbitrator to be able to deal with a grievance related to harassment in the workplace, there need not be a specific provision

fiquement l'art. 49 puisque cette disposition vient uniquement expliciter les mesures de redressement possibles et non pas garantir un droit subjectif. L'application de l'art. 52 en l'espèce écarte du même coup l'application de l'art. 51 de la *Charte*. Puisque l'art. 49 a préséance sur les lois qui n'y dérogent pas expressément, le régime d'indemnisation établi par la *LATMP* doit *prima facie* céder le pas aux deux types de redressement prévus à cet article. Cependant, bien que le régime d'indemnisation de la *LATMP* ne permette qu'une compensation partielle et forfaitaire, il vise néanmoins exactement le même objectif que le premier alinéa de l'art. 49, c'est-à-dire la réparation du préjudice de nature compensatoire. Étant donné que la *LATMP* permet d'atteindre suffisamment l'objectif visé au premier alinéa de l'art. 49, il n'est pas nécessaire de recourir à la prépondérance relative prévue à l'art. 52. Le redressement de nature punitive et dissuasive prévu au deuxième alinéa de l'art. 49 ne fait toutefois pas l'objet d'un chevauchement entre le régime de droit commun et celui de la *Charte*. Cette disposition doit recevoir une interprétation généreuse puisqu'elle vise à faire respecter les droits fondamentaux garantis par la *Charte*. En matière de harcèlement au travail visé à l'art. 10.1 de la *Charte*, ce redressement de nature exemplaire doit donc, en cas d'incompatibilité, avoir priorité sur la clause d'immunité civile prévue à l'art. 438 *LATMP* en vertu de la prépondérance relative que doit recevoir l'art. 10.1. Vu que l'art. 438 ne fait aucune mention de dommages exemplaires, il ne déroge pas explicitement, comme l'exige l'art. 52, à la possibilité d'en ordonner le paiement. Le fait que la *LATMP* soit entrée en vigueur après la *Charte* ne démontre aucunement une intention de déroger au deuxième alinéa de l'art. 49 puisque l'art. 52 stipule expressément que la préséance existe à l'égard de toute disposition d'une loi, «même postérieure à la Charte».

Bien qu'une victime de harcèlement au travail ait le choix de plusieurs forums pour obtenir une réparation, dans la présente affaire, c'est l'arbitre de griefs qui, aux termes de la convention collective, est compétent pour trancher la demande de l'appelante qui réclame de ses employeurs des dommages exemplaires en vertu du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Le pouvoir d'un arbitre de griefs d'appliquer le droit s'étend aux lois relatives aux droits de la personne et il peut accorder des redressements fondés sur celles-ci en autant qu'il soit, comme en l'espèce, compétent à l'égard des parties (travailleur/employeur), de l'objet du litige (harcèlement au travail) aux termes de la convention collective, et de l'ordonnance demandée. Pour qu'un arbitre puisse se saisir d'un grief en matière de harcèlement au

in the agreement to this effect. A general provision, such as the one in article 10 of the present collective agreement, authorizing the arbitrator to dispose of disputes about working conditions is sufficient. An arbitrator also has the power to order the payment of exemplary damages under the *Charter* where the employer has acted in an "unlawful and intentional" manner. Section 100.12(a) of the *Labour Code* provides that an arbitrator may interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance. Where the issue and the remedy sought come within the jurisdiction of grievance arbitrators under a collective agreement or statute, this jurisdiction is exclusive. The jurisdiction of the arbitrator in the present case means that the appellant can bring no action against her employers in the ordinary courts or before other agencies that would otherwise have jurisdiction. However, this does not preclude the appellant's seeking relief under s. 47.2 of the *Labour Code* if, as she alleges, her union refused to take the grievance to arbitration.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *Mongeau v. Fournier* (1924), 37 Que. K.B. 52; *Vincent & Co. v. Gallo*, [1944] Que. K.B. 202; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440; *Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Papadatos v. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020; *Lemieux v. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

Anglade et Communauté urbaine de Montréal, D.T.E. 88T-730; *P. et X. (Ville de)*, [1990] C.A.L.P. 677; *Gagnon et Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances*, [1989] C.A.L.P. 769; *Blagoeva et Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1992] C.A.L.P. 898; *Langevin et Québec (Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche)*, [1993] C.A.L.P.

travail, il n'est pas nécessaire qu'il y ait dans la convention collective une disposition spécifique à ce sujet. Une disposition générale, comme celle prévue à l'article 10 de la présente convention collective, qui autorise l'arbitre à disposer des conflits relatifs aux conditions de travail suffit. Un arbitre a également le pouvoir d'ordonner le paiement de dommages exemplaires en vertu de la *Charte* lorsque l'employeur a agi de façon «illicite et intentionnelle». En effet, en vertu de l'al. 100.12a) du *Code du travail*, un arbitre peut interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour trancher un grief. Lorsque la question en litige et le redressement recherché relèvent de la compétence de l'arbitre de griefs en vertu de la convention collective ou de la loi, cette compétence est exclusive. La compétence de l'arbitre en l'espèce fait donc obstacle à un recours de l'appelante contre ses employeurs devant les tribunaux de droit commun ou devant les autres organismes qui, par ailleurs, seraient compétents. Cependant, ceci n'empêche pas l'appelante d'avoir recours à l'art. 47.2 du *Code du travail* si, comme elle l'allègue, il y a eu refus de porter le grief en arbitrage.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Mongeau c. Fournier* (1924), 37 B.R. 52; *Vincent & Co. c. Gallo*, [1944] B.R. 202; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020; *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44; *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

Anglade et Communauté urbaine de Montréal, D.T.E. 88T-730; *P. et X. (Ville de)*, [1990] C.A.L.P. 677; *Gagnon et Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances*, [1989] C.A.L.P. 769; *Blagoeva et Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1992] C.A.L.P. 898; *Langevin et Québec (Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche)*, [1993] C.A.L.P.

453; *Lambert et Dominion Textile Inc.*, [1993] C.A.L.P. 1056; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, 1 D.L.R. (2d) 241; *Lamb v. Benoit*, [1959] S.C.R. 321; *Roy v. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503; *Papadatos v. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020; *West Island Teachers' Association v. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569; *Lemieux v. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44; *Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130; *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Thibault v. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029; *Archambault v. Doucet*, [1993] R.J.Q. 2389; *Syndicat national des employés de l'Institut Doréa (C.S.N.) v. Conseil des services essentiels*, [1987] R.J.Q. 925; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Halkett v. Ascofigex Inc.*, [1986] R.J.Q. 2697; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Joannette et Pièces d'auto Richard Ltée*, [1993] C.T. 398; *Girard v. Produits de viande Cacher Glatt Ltée*, [1986] T.A. 304; *Clarke et Université Concordia*, D.T.E. 87T-765; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 181; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mills v. The Queen* [1986] 1 S.C.R. 863; *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; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Schokbéton Québec Inc. et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 15398*, [1984] T.A. 176; *Centre d'accueil du Haut St-Laurent et Fédération des affaires sociales*, [1985] T.A. 432; *Syndicat des employées et employés de la Commission des droits de la personne du*

453; *Lambert et Dominion Textile Inc.*, [1993] C.A.L.P. 1056; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Lamb c. Benoit*, [1959] R.C.S. 321; *Roy c. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503; *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020; *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569; *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44; *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130; *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029; *Archambault c. Doucet*, [1993] R.J.Q. 2389; *Syndicat national des employés de l'Institut Doréa (C.S.N.) c. Conseil des services essentiels*, [1987] R.J.Q. 925; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Halkett c. Ascofigex Inc.*, [1986] R.J.Q. 2697; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Joannette et Pièces d'auto Richard Ltée*, [1993] C.T. 398; *Girard c. Produits de viande Cacher Glatt Ltée*, [1986] T.A. 304; *Clarke et Université Concordia*, D.T.E. 87T-765; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; *Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 181; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *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; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Schokbéton Québec Inc. et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 15398*, [1984] T.A. 176; *Centre d'accueil du Haut St-Laurent et Fédération des*

Québec et Commission des droits de la personne du Québec, D.T.E. 94T-1166.

affaires sociales, [1985] T.A. 432; *Syndicat des employées et employés de la Commission des droits de la personne du Québec et Commission des droits de la personne du Québec*, D.T.E. 94T-1166.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information, R.S.Q., c. A-2.1.

Act respecting collective agreement decrees, R.S.Q., c. D-2.

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, ss. 1, 2 "industrial accident", "employment injury", "occupational disease", 25, 44 *et seq.*, 83 *et seq.*, 92 *et seq.*, 112 *et seq.*, 349, 438, 442.

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 124 [am. 1990, c. 73, s. 59], 128, para. 1(3).

Act respecting prearranged funeral services and sepulchres, R.S.Q., c. A-23.001.

Act respecting the Régie du logement, R.S.Q., c. R-8.1.

Act respecting the responsibility for accidents suffered by workmen in the course of their work, and the compensation for injuries resulting therefrom, S.Q. 1909, c. 66, ss. 14, 15.

Act respecting the right of action in the cases covered by the Workmen's Compensation Act, 1931, S.Q. 1933, c. 106.

Act respecting the Workmen's Compensation Commission, S.Q. 1928, c. 80.

Act to amend the Civil Code respecting the right of action in the cases covered by the Workmen's Compensation Act, 1931, S.Q. 1935, c. 91.

Act to amend the Civil Code, S.Q. 1941, c. 67, s. 1.

Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 83.57 [ad. 1989, c. 15, s. 1].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 24.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1 to 38, 10 [am. 1977, c. 6, s. 1; am. 1978, c. 7, s. 112; am. 1982, c. 61, s. 3], 10.1 [ad. 1982, c. 61, s. 4], 49, 51, 52 [repl. *idem*, s. 16], 53, 76(3) [repl. 1989, c. 51, s. 5], 77 [*idem*], 79 [*idem*], 80 [*idem*], 100 [*idem*, s. 16], 111 [*idem*], 134 [*idem*, s. 18], 135 [am. *idem*, ss. 19, 21].

Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1054 [am. 1977, c. 72, s. 7; am. 1989, c. 54, s. 107], 1056a [repl. 1985, c. 6, s. 475], 1241 [am. 1978, c. 8, s. 47].

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1457, 1463, 1621, 2848.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 24.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1 à 38, 10 [mod. 1977, ch. 6, art. 1; mod. 1978, ch. 7, art. 112; mod. 1982, ch. 61, art. 3], 10.1 [aj. 1982, ch. 61, art. 4], 49, 51, 52 [repl. *idem*, art. 16], 53, 76(3) [repl. 1989, ch. 51, art. 5], 77 [*idem*], 79 [*idem*], 80 [*idem*], 100 [*idem*, art. 16], 111 [*idem*], 134 [*idem*, art. 18], 135 [mod. *idem*, art. 19 et 21].

Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1054 [mod. 1977, ch. 72, art. 7; mod. 1989, ch. 54, art. 107], 1056a [repl. 1985, ch. 6, art. 475], 1241 [mod. 1978, ch. 8, art. 47].

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457, 1463, 1621, 2848.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 1f), 47.2 *et suiv.*, 100 [mod. 1983, ch. 22, art. 61], 100.12a [repl. *idem*, art. 74].

Loi concernant la Commission des accidents du travail, S.Q. 1928, ch. 80.

Loi concernant le droit de poursuite dans les cas couverts par la Loi des accidents du travail, 1931, S.Q. 1933, ch. 106.

Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent, S.Q. 1909, ch. 66, art. 14, 15.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi des accidents du travail, 1931, S.Q. 1931, ch. 100, art. 59 *et suiv.*, 73 *et suiv.*

Loi modifiant le Code civil, S.Q. 1941, ch. 67, art. 1.

Loi modifiant le Code civil relativement au droit de poursuite dans les cas couverts par la Loi des accidents du travail, 1931, S.Q. 1935, ch. 91.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1.

Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 83.57 [aj. 1989, ch. 15, art. 1].

Loi sur la protection des arbres, L.R.Q., ch. P-37, art. 1.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 272 [mod. 1992, ch. 58, art. 1].

Loi sur la Régie du logement, L.R.Q., ch. R-8.1.

Constitution Act, 1982, s. 52.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, s. 272 [am. 1992, c. 58, s. 1].
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(f), 47.2 et seq., 100 [am. 1983, c. 22, s. 61], 100.12(a) [repl. *idem*, s. 74].
Tree Protection Act, R.S.Q., c. P-37, s. 1.
Workmen's Compensation Act, 1931, S.Q. 1931, c. 100, ss. 59 et seq., 73 et seq.

Authors Cited

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: Presses universitaires de France, 1994, «droit», «action», «responsabilité», «responsabilité civile».

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.

Beaudoin, Gérald-A. «De la suprématie de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial», dans Gérald-A. Beaudoin, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, p. 23.

Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?» (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197.

Caron, Madeleine. «Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés» (1985), 45 *R. du B.* 345.

Chamberland, Luc. «Qui de l'arbitre de griefs ou des tribunaux civils est compétent en matière de réclamations monétaires?» (1992), 52 *R. du B.* 167.

Cliche, Bernard, Serge Lafontaine et Richard Mailhot. *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

Dallaire, Claude. *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1995.

Delwaide, Karl. «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise», dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, p. 95.

Domat, Jean. *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1. Nouvelle édition revue et corrigée par Joseph Remy. Paris: Firmin Didot, 1828.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 1, 2 «accident du travail», «lésion professionnelle», «maladie professionnelle», 25, 44 et suiv., 83 et suiv., 92 et suiv., 112 et suiv., 349, 438, 442.

Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture, L.R.Q., ch. A-23.001.

Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2.

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124 [mod. 1990, ch. 73, art. 59], 128, al. 1(3).

Doctrine citée

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: Presses universitaires de France, 1994, «droit», «action», «responsabilité», «responsabilité civile».

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.

Beaudoin, Gérald-A. «De la suprématie de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial», dans Gérald-A. Beaudoin, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, p. 23.

Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?» (1978), 56 *R. du B. can.* 197.

Caron, Madeleine. «Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés» (1985), 45 *R. du B.* 345.

Chamberland, Luc. «Qui de l'arbitre de griefs ou des tribunaux civils est compétent en matière de réclamations monétaires?» (1992), 52 *R. du B.* 167.

Cliche, Bernard, Serge Lafontaine et Richard Mailhot. *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.

Dallaire, Claude. *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1995.

Delwaide, Karl. «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise», dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, p. 95.

Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2^e éd. Comité de rédaction: Paul-André Crépeau et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, «action», «responsabilité civile».

- Drapeau, Maurice. "La responsabilité pour atteinte illi- cite aux droits et libertés de la personne" (1994), 28 *R.J.T.* 31.
- Dubé, Lucille. "L'immunité civile des employeurs en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les mala- dies professionnelles", dans *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1993). Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993, p. 81.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Ste-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Gardner, Daniel. "Les dommages-intérêts: une réforme inachevée" (1988), 29 *C. de D.* 883.
- Grand Robert de la langue française*, t. 6. Paris: Robert, 1986, "en outre".
- Jobin, Pierre-Gabriel. "La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?" (1984), 44 *R. du B.* 222.
- Lippel, Katherine. *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique*. Mont- réal: Faculté de droit, Université de Montréal, 1986.
- Monet, Dominique. "Qui a la compétence sur le harcèle- ment au travail?", dans *Développements récents en droit du travail* (1995). Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995, p. 1.
- Morin, Jacques-Yvan. "La constitutionnalisation pro- gressive de la Charte des droits et libertés de la per- sonne" (1987), 21 *R.J.T.* 25.
- Nadeau, André, en collaboration avec Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.
- Otis, Ghislain. "Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise" (1991), 51 *R. du B.* 561.
- 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.
- Pothier, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*, t. 2, 2^e éd. Annotées par M. Bugnet. Paris: Plon, 1861.
- Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, 2nd ed. Editorial Committee: Paul-André Crépeau et al. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, "action", "civil liability".
- Rémillard, Gil. "Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec", dans Domat, Jean. *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1. Nou- velle édition revue et corrigée par Joseph Remy. Paris: Firmin Didot, 1828.
- Drapeau, Maurice. «La responsabilité pour atteinte illi- cite aux droits et libertés de la personne» (1994), 28 *R.J.T.* 31.
- Dubé, Lucille. «L'immunité civile des employeurs en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les mala- dies professionnelles», dans *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1993). Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993, p. 81.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Ste-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Gardner, Daniel. «Les dommages-intérêts: une réforme inachevée» (1988), 29 *C. de D.* 883.
- Grand Robert de la langue française*, t. 6. Paris: Robert, 1986, «en outre».
- Jobin, Pierre-Gabriel. «La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?» (1984), 44 *R. du B.* 222.
- Lippel, Katherine. *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique*. Mont- réal: Faculté de droit, Université de Montréal, 1986.
- Monet, Dominique. «Qui a la compétence sur le harcè- lement au travail?», dans *Développements récents en droit du travail* (1995). Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995, p. 1.
- Morin, Jacques-Yvan. «La constitutionnalisation pro- gressive de la Charte des droits et libertés de la per- sonne» (1987), 21 *R.J.T.* 25.
- Nadeau, André, en collaboration avec Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.
- Otis, Ghislain. «Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise» (1991), 51 *R. du B.* 561.
- 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.
- Pothier, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*, t. 2, 2^e éd. Annotées par M. Bugnet. Paris: Plon, 1861.
- Rémillard, Gil. «Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec», dans Daniel Turp et Gérald-A. Beaudoin, dir., *Perspectives*

Daniel Turp et Gérald-A. Beaudoin, dir., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1986, p. 205.

Scott, F. R. "The Bill of Rights and Quebec Law" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 135.

Traité de droit civil du Québec, t. 8, par André Nadeau. Montréal: Wilson & Lafleur, 1949.

Viney, Geneviève, et Basil Markesinis. *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français*. Paris: Économica, 1985.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 279, affirming a judgment of the Superior Court dismissing a motion to dismiss. Appeal and cross-appeal dismissed, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting in part.

Jacques Blanchette, for the appellant.

Pierre Bérubé and *Annie Gerbeau*, for the respondents.

Jean-Claude Paquet, for the intervener.

Bernard Bélanger, for the *mis en cause* Gendron.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

1

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — I have had the benefit of the opinion of my colleague Justice Gonthier. Although I agree in part with his reasons, I cannot accept either his interpretation of the two legislative schemes in question, namely the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 ("AIAOD"), and the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("Charter"), or his conclusion that a victim of harassment in the workplace who has obtained a compensatory remedy under the AIAOD cannot obtain the exemplary remedy available under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* for unlawful and intentional interference with a fundamental right provided for therein, in this case the right not to be harassed in the workplace, which is guaranteed in s. 10.1 of the *Charter*.

canadiennes et européennes des droits de la personne. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1986, p. 205.

Scott, F. R. «The Bill of Rights and Quebec Law» (1959), 37 *R. du B. can.* 135.

Traité de droit civil du Québec, t. 8, par André Nadeau. Montréal: Wilson & Lafleur, 1949.

Viney, Geneviève, et Basil Markesinis. *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français*. Paris: Économica, 1985.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 279, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté une requête en irrecevabilité. Pourvoi et pourvoi incident rejetés, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé dissidents en partie.

Jacques Blanchette, pour l'appelante.

Pierre Bérubé et *Annie Gerbeau*, pour les intimées.

Jean-Claude Paquet, pour l'intervenante.

Bernard Bélanger, pour le *mis en cause* Gendron.

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance de l'opinion de mon collègue le juge Gonthier. Bien que je sois d'accord en partie avec ses motifs, je ne puis me rallier à son interprétation des deux régimes législatifs en cause, soit la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 («LATMP») et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 («Charte»), non plus qu'à la conclusion voulant qu'une victime de harcèlement au travail ayant obtenu une réparation de nature compensatoire en vertu de la LATMP soit, par ailleurs, privée du redressement de nature exemplaire permis par le second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* pour atteinte illicite et intentionnelle à un droit fondamental y prévu, ici celui de ne pas être harcelé au travail, droit garanti à l'art. 10.1 de la *Charte*.

I need not discuss the facts of the case or the judgments of the courts below, as Gonthier J. has already done so. I will recall, however, that the appellant instituted an action in the Superior Court of Quebec claiming remedies for harassment suffered in the workplace, including the payment of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. The respondents brought two motions to dismiss: the first alleged that, in view of s. 438 *AIAOD*, the Superior Court had no jurisdiction to hear an action by a worker against his or her employer in respect of an employment injury; the second, which was declinatory in nature, alleged that the Court lacked jurisdiction *ratione materiae*, which was reserved to the grievance arbitrator under the collective agreement.

These motions were dismissed by the Superior Court and the respondents' appeal from that decision was also dismissed by the Quebec Court of Appeal, in a majority decision: [1991] R.J.Q. 279. The respondents filed an application for leave to appeal to this Court but later discontinued their appeal. The appellant's motion to continue the appeal, which was treated as an application for leave to appeal, was granted.

Section 49 of the *Charter*, which is central to this case, reads as follows:

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.

The fundamental right not to be harassed in the workplace, which can serve as a basis for the remedies provided for in s. 49, is protected by ss. 10 and 10.1 of the *Charter*:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil

Le juge Gonthier a déjà exposé les faits de l'affaire et les jugements des tribunaux d'instance inférieure, ce qui me dispense de le faire. Je rappelle, toutefois, que l'appelante a intenté une action devant la Cour supérieure du Québec, réclamant des mesures de redressement pour le harcèlement subi au travail, qui comprennent le paiement de dommages exemplaires aux termes du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Les intimées ont présenté deux requêtes en irrecevabilité: la première soulevant l'absence de compétence de la Cour supérieure, vu l'art. 438 *LATMP*, pour se saisir d'une action par un travailleur contre son employeur par suite d'une lésion professionnelle; et, la seconde, de nature déclinatoire, invoquant l'absence de compétence *ratione materiae*, celle-ci étant réservée à l'arbitre de griefs en vertu de la convention collective.

Ces requêtes ont été rejetées par la Cour supérieure et l'appel de cette décision logé par les intimées a également été rejeté par la Cour d'appel du Québec, à la majorité: [1991] R.J.Q. 279. Les intimées ont déposé une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour, mais s'en sont par la suite désistées. La requête en continuation de pourvoi présentée par l'appelante, qui a été considérée comme une demande d'autorisation de pourvoi, a été accordée.

L'article 49 de la *Charte*, qui est au cœur du débat, se lit ainsi:

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.

Le droit fondamental de ne pas être harcelé au travail, qui donne ouverture aux redressements prévus à l'art. 49, est protégé aux art. 10 et 10.1 de la *Charte*:

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orien-

2

3

4

5

status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

10.1. No one may harass a person on the basis of any ground mentioned in section 10.

6 Section 52 of the *Charter*, which confers relative preponderance on the *Charter*, reads as follows:

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

7 The main issue in this appeal is the relationship between the compensation system under the *AIAOD* and the *Charter* remedies for interference with a fundamental right. More specifically, the issue is whether the no-fault employment injury compensation system precludes the awarding of remedies under s. 49 of the *Charter* because of the civil immunity clause in s. 438 *AIAOD*. The second issue is whether a grievance arbitrator has jurisdiction under the collective agreement to order the payment of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* for harassment in the workplace. Before considering these issues, however, the proceedings should be placed in their legislative and judicial context.

I. Legislative and Judicial Context

8 The agencies that apply the *AIAOD*, namely the Commission de la santé et de la sécurité du travail ("CSST"), the Bureau de révision paritaire and the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles ("CALP"), appear to have jurisdiction over harassment in the workplace. That jurisdiction is relatively recent and results from a broad, and perhaps even expansive, interpretation of the

tation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

10.1. Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10.

L'article 52 de la *Charte*, qui lui assure une prépondérance relative, se lit, pour sa part, comme suit:

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

La principale question en litige dans ce pourvoi concerne la relation entre le système d'indemnisation établi par la *LATMP* et les redressements pour atteinte à un droit fondamental prévus à la *Charte*. De façon plus précise, il s'agit de déterminer si le régime d'indemnisation sans faute en matière de lésions professionnelles s'oppose, en raison de la clause d'immunité civile à l'art. 438 *LATMP*, à l'octroi des redressements aux termes de l'art. 49 de la *Charte*. Dans un deuxième temps, nous sommes appelés à décider si un arbitre de griefs est compétent aux termes de la convention collective pour ordonner le paiement de dommages exemplaires par suite de harcèlement au travail en vertu du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Avant d'examiner ces questions, cependant, il y a lieu de placer le débat dans son contexte législatif et jurisprudentiel.

I. Le contexte législatif et jurisprudentiel

Les organismes appliquant la *LATMP*, soit la Commission de la santé et de la sécurité du travail («CSST»), le Bureau de révision paritaire et la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles («CALP») auraient compétence en matière de harcèlement au travail. Cette compétence est relativement récente et résulte d'une interprétation large, et peut-être même extensive,

term “employment injury”, which is defined as follows in s. 2 *AIAOD*: “an injury or a disease arising out of or in the course of an industrial accident, or an occupational disease, including a recurrence, relapse or aggravation”.

On June 17, 1988, in *Anglade et Communauté urbaine de Montréal*, D.T.E. 88T-730, a case involving a black police officer who had worked for the Montreal Urban Community for more than ten years, the CALP found for the first time that harassment in the workplace was an employment injury covered by the *AIAOD*. Later, in *P. et X. (Ville de)*, [1990] C.A.L.P. 677, the CALP found that a firefighter diagnosed with situational anxiety/depression syndrome caused by nine months of continuous harassment by his co-workers had suffered an employment injury within the meaning of the *AIAOD*. See also the CALP’s decisions in *Gagnon et Commission administrative des régimes de retraite et d’assurances*, [1989] C.A.L.P. 769; *Blagoeva et Commission de contrôle de l’énergie atomique*, [1992] C.A.L.P. 898; *Langevin et Québec (Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche)*, [1993] C.A.L.P. 453; and *Lambert et Dominion Textile Inc.*, [1993] C.A.L.P. 1056.

In the case at bar, the Bureau de révision paritaire decided that the harassment in the workplace and sexual harassment alleged by the appellant constituted an employment injury and therefore granted her claim for compensation under the *AIAOD*. In this Court, the parties did not challenge the validity of the Bureau de révision paritaire’s decision that harassment in the workplace is an “employment injury” or the finding that exemplary damages cannot be awarded under the *AIAOD*.

However, it appears that the central issue in the instant case results precisely from that expansive interpretation of the term “employment injury”. When the CALP found that harassment in the workplace was covered by the *AIAOD*, the civil immunity provided for in s. 438 became applicable

des termes «lésion professionnelle», qui sont définis comme suit à l’art. 2 *LATMP*: «une blessure ou une maladie qui survient par le fait ou à l’occasion d’un accident du travail, ou une maladie professionnelle, y compris la récurrence, la rechute ou l’aggravation».

En effet, le 17 juin 1988, dans la décision *Anglade et Communauté urbaine de Montréal*, D.T.E. 88T-730, une affaire concernant un policier de race noire ayant plus de dix ans de service auprès de la Communauté urbaine de Montréal, la CALP a reconnu pour la première fois que le harcèlement au travail constituait une lésion professionnelle visée par la *LATMP*. Par la suite, dans l’affaire *P. et X. (Ville de)*, [1990] C.A.L.P. 677, la CALP considérait qu’un diagnostic de syndrome anxio-dépressif situationnel chez un pompier, provoqué par le harcèlement continu de ses coéquipiers pendant neuf mois, constituait une lésion professionnelle au sens de la *LATMP*. Voir également les décisions de la CALP dans *Gagnon et Commission administrative des régimes de retraite et d’assurances*, [1989] C.A.L.P. 769; *Blagoeva et Commission de contrôle de l’énergie atomique*, [1992] C.A.L.P. 898; *Langevin et Québec (Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche)*, [1993] C.A.L.P. 453; et *Lambert et Dominion Textile Inc.*, [1993] C.A.L.P. 1056.

Dans le cas qui nous intéresse, le Bureau de révision paritaire a décidé que le harcèlement au travail et le harcèlement sexuel allégués par l’appelante constituaient une lésion professionnelle et, en conséquence, a fait droit à sa demande d’indemnisation fondée sur la *LATMP*. Devant nous, les parties ne s’attaquent pas à la validité de la décision du Bureau de révision paritaire voulant que le harcèlement au travail soit une «lésion professionnelle» non plus qu’à la conclusion selon laquelle la *LATMP* ne permet pas l’octroi de dommages exemplaires.

Il appert, cependant, que la question au centre du présent litige découle précisément de cette interprétation extensive de l’expression «lésion professionnelle». De fait, lorsque la CALP a conclu que le harcèlement au travail était couvert par la *LATMP*, l’immunité civile prévue à l’art. 438

9

10

11

and, according to my colleague Gonthier J., this meant that victims of harassment in the workplace could no longer obtain any of the remedies provided for in s. 49 of the *Charter*.

12 The sole object of the no-fault employment injury compensation system is to provide compensation for injuries suffered (see s. 1 *AIAOD*). Sections 44 *et seq.* *AIAOD* provide that an income replacement indemnity will be paid when a worker becomes unable to carry on his or her employment by reason of an employment injury. Sections 83 *et seq.* provide that a worker who sustains permanent physical or mental impairment is entitled to compensation for bodily injury that takes into account any anatomicophysiological deficit and disfigurement. Finally, ss. 92 *et seq.* provide for compensation in the case of death and ss. 112 *et seq.* provide for other indemnities for damage to clothing, prostheses or orthoses. However, as noted by the Court of Appeal, the *AIAOD* does not seem to authorize the awarding of exemplary damages.

13 Nevertheless, according to my colleague, because of the civil immunity clauses applicable to employers (s. 438 *AIAOD*) and co-workers (s. 442), a person who has obtained compensation under this system could not receive either a compensatory remedy for moral or material prejudice under the first paragraph of s. 49 of the *Charter* or an exemplary remedy under the second paragraph of s. 49. Thus, as he sees it, the combination of these two factors — the CALP's decisions on harassment in the workplace and s. 438 *AIAOD* — means that no worker covered by this statute can obtain the exemplary remedy provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* from his or her employer, whereas any person other than a worker covered by the *AIAOD* can do so. In short, according to this interpretation, the second paragraph of s. 49 is for all practical purposes a dead letter in light of the scope of the no-fault compensation system under the *AIAOD*.

entrait en jeu, ce qui, selon mon collègue le juge Gonthier, a eu pour effet de priver les victimes de harcèlement au travail de tous les redressements prévus à l'art. 49 de la *Charte*.

Le régime d'indemnisation sans faute en matière de lésions professionnelles a pour unique objet de compenser pour les préjudices subis (voir l'art. 1 *LATMP*). En effet, les art. 44 et suiv. *LATMP* prévoient une indemnité de remplacement du revenu lorsqu'un travailleur devient incapable d'exercer son emploi en raison d'une lésion professionnelle. Les articles 83 et suiv. stipulent qu'un travailleur ayant subi une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique a droit à une indemnité pour préjudices corporels tenant compte du déficit anatomo-physiologique et du préjudice esthétique. Enfin, les art. 92 et suiv. prévoient une indemnité de décès, et les art. 112 et suiv., d'autres indemnités relatives aux préjudices causés aux vêtements, prothèses ou orthèses. Toutefois, comme l'a remarqué la Cour d'appel, la *LATMP* ne semble pas permettre l'octroi de dommages exemplaires.

Néanmoins, selon mon collègue, en raison de la clause d'immunité civile de l'employeur prévue à l'art. 438 *LATMP* (et également des cotravailleur selon l'art. 442), une personne ayant obtenu une indemnité sous ce régime ne pourrait recevoir ni une réparation du préjudice moral ou matériel de nature compensatoire en vertu de l'alinéa premier de l'art. 49 de la *Charte* ni un redressement de nature exemplaire aux termes du second alinéa de l'art. 49. Selon lui, donc, la conjugaison de ces deux éléments — d'une part les décisions de la CALP quant au harcèlement au travail et, d'autre part, l'art. 438 *LATMP* — ferait en sorte que tout travailleur visé par cette loi serait privé du redressement de nature exemplaire prévu au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* contre son employeur alors que toute personne autre qu'un travailleur visé par la *LATMP* pourrait, elle, s'en prévaloir. Somme toute, compte tenu de l'étendue du régime d'indemnisation sans faute établi par la *LATMP*, selon cette interprétation, le second alinéa de l'art. 49 serait à toutes fins pratiques lettre morte.

Gonthier J. expresses the opinion that the *AIAOD* supplants not only the right of action that arises from the rules of liability in art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* (in force at the time of the proceedings — now art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64), but also the remedies, both compensatory and exemplary, provided for in s. 49 of the *Charter*. He bases this conclusion mainly on the theory that there is a complete overlap between the general law system and that of the *Charter* as far as the conditions for liability are concerned: see 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; P.-G. Jobin, “La violation d’une loi ou d’un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?” (1984), 44 *R. du B.* 222; M. Caron, “Le droit à l’égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés” (1985), 45 *R. du B.* 345; and K. Delwaide, “Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l’encontre d’une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise”, in *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), p. 95.

This theory conflicts with the position taken by other authors that the remedies provided for in s. 49 of the *Charter* are in principle autonomous: see G. Otis, “Le spectre d’une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise” (1991), 51 *R. du B.* 561; and M. Drapeau, “La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne” (1994), 28 *R.J.T.* 31.

I agree with Gonthier J. that, as regards liability and for the purposes of s. 438 *AIAOD*, the *Charter* does not create a parallel system. Unlike him, however, I am of the opinion that the overlap between the two systems is limited to the elements of liability and the compensatory remedy and does not extend to the exemplary remedy provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

En fait, le juge Gonthier opine que la *LATMP* supplante, non seulement le droit d’action en vertu des règles de la responsabilité, prévu à l’art. 1053 du *Code civil du Bas Canada* (en vigueur au moment des présentes procédures — maintenant l’art. 1457 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64), mais également les redressements, tant de nature compensatoire que de nature exemplaire, prévus à l’art. 49 de la *Charte*. Il base cette conclusion principalement sur la théorie du chevauchement intégral du régime de droit commun et de celui de la *Charte* quant aux conditions de la responsabilité: voir 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; P.-G. Jobin, «La violation d’une loi ou d’un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?» (1984), 44 *R. du B.* 222; M. Caron, «Le droit à l’égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés» (1985), 45 *R. du B.* 345; et K. Delwaide, «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l’encontre d’une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise», dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), p. 95.

Cette thèse s’oppose à la position défendue par d’autres auteurs suivant laquelle les redressements prévus à l’art. 49 de la *Charte* posséderaient une autonomie de principe: voir G. Otis, «Le spectre d’une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise» (1991), 51 *R. du B.* 561; et M. Drapeau, «La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne» (1994), 28 *R.J.T.* 31.

Je suis d’accord avec le juge Gonthier pour dire que, en matière de responsabilité et pour les fins de l’art. 438 *LATMP*, la *Charte* ne crée pas de régime parallèle. Cependant, contrairement à lui, je suis d’avis que la portée du chevauchement des deux régimes se limite aux éléments de la responsabilité de même qu’au redressement de nature compensatoire et ne comprend pas le redressement de nature exemplaire prévu au deuxième alinéa de l’art. 49 de la *Charte*.

14

15

16

II. Exemplary Damages and the Overlap Theory

17

The concept of exemplary damages has traditionally been, and still is, foreign to the civil law. The system of delictual liability under the *Civil Code of Lower Canada* and now the *Civil Code of Québec* is confined to the compensatory aspect of liability, which means that the remedy is calculated solely on the basis of the loss suffered and the earnings lost. Punishment and deterrence of certain types of conduct are almost exclusively within the domain of criminal liability. In *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, 1 D.L.R. (2d) 241, Taschereau J. (as he then was) stated this principle as follows (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*. 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. [Emphasis in original.]

See also *Lamb v. Benoit*, [1959] S.C.R. 321, as well as the comments of Professor J.-L. Baudouin (now of the Quebec Court of Appeal) in *La responsabilité civile* (4th ed. 1994), at pp. 148-50; and those of A. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), at pp. 269-70.

18

In France, jurists such as Domat (*Oeuvres complètes de J. Domat* (1828), t. 1, Book II, Title VIII, Section IV) and Pothier (*Oeuvres de Pothier* (2nd ed. 1861), t. 2, Nos. 116 *et seq.*) have, since the 17th century, categorically excluded exemplary damages from the French system of civil liability.

II. Les dommages exemplaires et la théorie du chevauchement

Traditionnellement, et encore aujourd'hui, le concept de dommages exemplaires a toujours été étranger au système civiliste de droit. Le régime de responsabilité délictuelle, aux termes du *Code civil du Bas Canada* et maintenant du *Code civil du Québec*, se limite à l'aspect compensatoire de la responsabilité, c'est-à-dire que la réparation se calcule en tenant uniquement compte de la perte subie et du gain manqué. La punition et la dissuasion de certaines conduites sont presque exclusivement du domaine de la responsabilité pénale. Dans l'arrêt *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, le juge Taschereau (plus tard Juge en chef) exposait ainsi ce principe (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*. 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 tout dommages-intérêts accordés par un tribunal, a exclusivement un caractère compensatoire. [En italique dans l'original.]

Voir également *Lamb c. Benoit*, [1959] R.C.S. 321, ainsi que les commentaires du professeur J.-L. Baudouin (maintenant de la Cour d'appel du Québec), dans *La responsabilité civile* (4^e éd. 1994), aux pp. 148 à 150; et ceux de A. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), aux pp. 269 et 270.

En France, on remarque que des juristes tels Domat (*Oeuvres complètes de J. Domat* (1828), t. 1, livre II, titre VIII, section IV) et Pothier (*Oeuvres de Pothier* (2^e éd. 1861), t. 2, nos 116 et suiv.) ont catégoriquement rejeté les dommages exemplaires du système de responsabilité civile français,

Compensation for prejudice is still the only recognized objective of damages, and no other consideration or purpose is permitted (see G. Viney and B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français* (1985), at pp. 54-56).

Recently, however, the Quebec legislature has made it possible to obtain exemplary damages under specific statutes: see the *Tree Protection Act*, R.S.Q., c. P-37; the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1; the *Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1; the *Act respecting collective agreement decrees*, R.S.Q., c. D-2; the *Act respecting prearranged funeral services and sepultures*, R.S.Q., c. A-23.001; the *Act respecting the Régie du logement*, R.S.Q., c. R-8.1; and, finally, the *Charter*. Some civil law experts have difficulty accepting this implant and have even characterized it as a contamination of the civil law (see D. Gardner, "Les dommages-intérêts: une réforme inachevée" (1988), 29 *C. de D.* 883, at p. 905).

In any event, there is no doubt that this new type of damages is part of Quebec civil law. However, as Gonthier J. states, it remains an exceptional remedy and, in my view, it does not originate in the civil law's fundamental principles of liability. Moreover, when the *Civil Code* was reformed, it was decided not to make the power to award exemplary damages a general principle. Article 1621 *C.C.Q.* clearly restates the rule that exemplary damages cannot be recovered unless a specific statute provides for them, and adds a number of criteria to regulate such an award (see *Roy v. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503 (C.A.)).

Furthermore, it 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: see *Papadatos v. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020 (C.A.); *West Island Teachers' Association v. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.); *Lemieux v. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989]

et ce, dès le XVII^e siècle. L'indemnisation du préjudice constitue toujours le seul objectif reconnu en matière de dommages-intérêts, excluant toute autre considération ou finalité (voir G. Viney et B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français* (1985), aux pp. 54 à 56).

Récemment, toutefois, le législateur québécois a introduit la possibilité d'obtenir des dommages exemplaires en vertu de lois particulières: voir la *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., ch. P-37; la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1; la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1; la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., ch. D-2; la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., ch. A-23.001; la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., ch. R-8.1; et, enfin, la *Charte*. Certains civilistes acceptent mal cet implant, le qualifiant même de contamination du droit civil (voir D. Gardner, «Les dommages-intérêts: une réforme inachevée» (1988), 29 *C. de D.* 883, à la p. 905).

À tout événement, il n'y a aucun doute que ce nouveau type de dommages fait partie du droit civil québécois. Cependant, comme le dit le juge Gonthier, il demeure un redressement d'exception et, à mon avis, ne tire pas son origine des principes civilistes fondamentaux de la responsabilité. D'ailleurs, lors de la réforme du *Code civil*, on a refusé d'élever au niveau de principe général la faculté d'octroyer des dommages exemplaires. De fait, l'art. 1621 *C.c.Q.* réitère clairement la règle selon laquelle une loi particulière doit prévoir les dommages exemplaires pour qu'ils soient recouvrables et y ajoute, par ailleurs, de nombreux critères afin d'en encadrer l'octroi (voir *Roy c. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503 (C.A.)).

D'autre part, il 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: voir *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020 (C.A.); *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.); *Lemieux c.*

19

20

21

R.J.Q. 44 (C.A.); and *Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.). This is also the conclusion of my colleague Gonthier J.

Polyclinique St-Cyrille Inc., [1989] R.J.Q. 44 (C.A.); et *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.). C'est ce que conclut également mon collègue le juge Gonthier.

22 Thus, like the general common law principle, some specific Quebec statutes authorize the awarding of exemplary damages to suppress and deter certain types of behaviour (see C. Dallaire, *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes* (1995), at pp. 17-21). It must now be determined what place this new institution has in, and how it fits into, Quebec civil law, a task that this Court has already undertaken in other areas, including trusts (see *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250, per Beetz J.).

Ainsi, à l'instar du principe général de common law, certaines lois particulières au Québec permettent l'octroi de dommages exemplaires afin de réprimer et de dissuader certaines conduites (voir C. Dallaire, *Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes* (1995), aux pp. 17 à 21). Il s'agit maintenant de voir la place qu'occupe cette nouvelle institution dans notre droit civil québécois et comment elle s'y imbrique, tâche que la Cour a déjà effectuée dans d'autres domaines, dont celui de la fiducie (voir *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, le juge Beetz).

23 It is in this context that the second paragraph of s. 49 of the *Charter* provides for an exemplary remedy where there has been "unlawful and intentional" interference with the fundamental rights guaranteed therein. It should be added that the *Charter* mentions not only the possibility of exemplary damages but also, in the first paragraph of s. 49, compensation for moral or material prejudice, that is, the awarding of compensatory damages.

C'est dans ce contexte que le second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* prévoit un redressement de nature exemplaire lorsqu'il y a atteinte «illicite et intentionnelle» aux droits fondamentaux qui y sont garantis. Il faut ajouter que la *Charte* mentionne, non seulement la possibilité de dommages exemplaires, mais également, à l'alinéa premier de l'art. 49, la réparation du préjudice moral ou matériel, c'est-à-dire l'octroi de dommages de nature compensatoire.

24 Having said this, it must now be determined whether the theory that the general law system overlaps with that of the *Charter* applies to the exemplary remedy provided for in the *Charter*. In my view, the overlap must be confined to the conditions for establishing a liability-related right, namely fault, prejudice and a causal connection, which derive from general civil law principles. Thus, when authors — including Professor Baudouin, *supra*, at p. 224 — argue that the *Charter* does not create an autonomous, distinct system of liability, their remarks must be interpreted as applying to the necessary elements for establishing liability and not automatically to particular remedies, which may not overlap under the two systems.

Ceci dit, nous devons maintenant voir si le redressement de nature exemplaire prévu à la *Charte* entre dans le champ d'application de la théorie du chevauchement des régimes de droit commun et de la *Charte*. À mon avis, le chevauchement doit se limiter aux conditions d'établissement du droit subjectif relatif à la responsabilité, soit la faute, le préjudice et le lien de causalité, qui découlent des principes généraux de droit civil. Ainsi, lorsque les auteurs de doctrine — dont le professeur Baudouin, *op. cit.*, à la p. 224 — soutiennent que la *Charte* ne crée pas de système autonome et distinct de responsabilité, ces propos doivent être interprétés comme visant les éléments nécessaires pour établir la responsabilité et non automatiquement les redressements particuliers qui, quant à eux, peuvent ne pas chevaucher les deux régimes.

With regard to these remedies specifically, a distinction must be drawn between compensation for moral and material prejudice (first paragraph of s. 49 of the *Charter*) and exemplary damages (second paragraph of s. 49). Only the first type of remedy, which is compensatory in nature, exists under the general law and, accordingly, it is only in respect of this remedy that there is a complete overlap between the general law system and that of the *Charter*. Thus, the two sources of compensation merge, which also makes it possible to avoid double compensation for prejudice.

The exemplary remedy provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* is an exception to the general law system in Quebec. Accordingly, these two systems cannot overlap in respect of this remedy. It is in this sense that I understand the following passage from *La responsabilité civile*, *supra*, at p. 224:

[TRANSLATION] In a liability action, however, the *Charter* may have an impact on what damages are awarded, such as where it requires punitive damages to be awarded in addition to compensatory damages in the case of unlawful and intentional interference.

It can therefore be said that the *Charter* differs from the general law with respect to exemplary damages in that it establishes a remedy that is autonomous and distinct from compensatory remedies: see Perret, *supra*, at pp. 164-65; and Delwaide, *supra*, at p. 98.

In practical terms, a claim for exemplary damages must be based on the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. In establishing liability, however, the general law rules under art. 1053 *C.C.L.C.* (now art. 1457 *C.C.Q.*) will apply. The procedural rules of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, will also be applicable. In short, with regard to exemplary damages under the second paragraph of s. 49, the elements of the right (fault, prejudice and causal connection) derive from the general civil law, but the remedy available for a violation of that law derives from a specific statute, the Quebec *Charter*.

En ce qui concerne précisément ces mesures de redressement, il faut distinguer entre, d'une part, la réparation du préjudice moral et matériel (premier alinéa de l'art. 49 de la *Charte*) et, d'autre part, les dommages exemplaires (deuxième alinéa de l'art. 49). Seul le premier type de redressement, de nature compensatoire, relève du droit commun et, en conséquence, fait l'objet d'un chevauchement complet entre le système de droit commun et celui de la *Charte*. Ainsi donc, les deux sources de réparation se confondent, ce qui permet aussi d'éviter la double compensation du préjudice.

Pour ce qui est du redressement de nature exemplaire prévu au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, il s'agit là d'un régime d'exception par rapport au régime de droit commun québécois et, partant, il ne saurait faire l'objet de chevauchement entre ces deux systèmes. C'est en ce sens que je lis cet extrait de *La responsabilité civile*, *op. cit.*, à la p. 224:

Toutefois dans un recours en responsabilité, la *Charte* peut avoir un impact sur le contenu des dommages octroyés, par exemple, lorsqu'elle impose, en plus du dommage compensatoire, l'octroi de dommages punitifs en cas d'atteinte illicite et intentionnelle.

Nous pouvons donc dire que, relativement aux dommages exemplaires, la *Charte* se démarque du droit commun en créant un redressement autonome et distinct de la réparation de nature compensatoire: voir Perret, *loc. cit.*, aux pp. 164 et 165, et Delwaide, *loc. cit.*, à la p. 98.

Concrètement, pour réclamer des dommages exemplaires, le second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* devra être invoqué. Afin d'établir la responsabilité, toutefois, ce sont les règles de droit commun découlant de l'art. 1053 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 1457 *C.c.Q.*) qui prévaudront. De même, ce sont les règles de procédure du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, qui s'appliqueront. Bref, en matière de dommages exemplaires aux termes du deuxième alinéa de l'art. 49, les éléments du droit subjectif (faute, préjudice et lien de causalité) sont de droit commun civiliste mais le redressement découlant de la violation de ce droit tire sa source d'une loi particulière, soit la *Charte* québécoise.

25

26

27

28 In sum, it appears that, although it does not create a parallel system of liability or conflict with the civil law tradition, the exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* is an exceptional concept in Quebec law that must, while advancing its underlying objective, fit together with other legislative schemes, including that of the *AIAOD*, which should now be discussed in greater detail.

III. The System under the *AIAOD* and the Civil Immunity Clause

29 Gonthier J. undertakes a detailed historical review of the legislation dealing with Quebec's employment injury compensation system. I agree completely with that review and will restate only a few points that I consider essential to dispose of the first issue.

30 To begin with, before the first specific statute dealing with industrial accident compensation was passed, victims could obtain compensation only on the basis of the rules of liability established by the general law. In 1909, a no-fault compensation system for injuries suffered in the workplace replaced the general law remedies for the first time. For the parties involved, namely workers and employers, the "bargain" established by that exceptional legislation had a dual effect: workers were guaranteed partial, fixed-sum compensation and employers were given immunity from civil liability actions. See *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, by A. Nadeau, 1949; K. Lippel, *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique* (1986); and L. Dubé, "L'immunité civile des employeurs en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles", in *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1993), p. 81.

31 In *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, in which this Court had to decide whether provincial occupational health and safety legisla-

En somme, sans pour autant créer un régime parallèle de responsabilité et sans faire violence à la tradition civiliste, il appert que le redressement de nature exemplaire prévu au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* constitue un concept d'exception en droit québécois qui doit s'agencer, en favorisant l'objectif qu'il sous-tend, avec les autres schèmes législatifs, dont celui de la *LATMP*, qu'il y a lieu ici de discuter plus avant.

III. Le régime établi par la *LATMP* et la clause d'immunité civile

Le juge Gonthier se livre à un examen approfondi de l'historique de la législation relative au système québécois d'indemnisation des lésions professionnelles. J'y souscris entièrement et je reviendrai uniquement sur quelques points qui m'apparaissent primordiaux afin de disposer de la première question en litige.

Tout d'abord, avant l'adoption de la première loi particulière en matière d'indemnisation des accidents de travail, les victimes ne pouvaient obtenir compensation qu'en invoquant les règles de la responsabilité de droit commun. En 1909, pour la première fois, un régime d'indemnisation sans faute pour les préjudices subis au travail est venu remplacer les recours de droit commun. Entre les parties en présence, soit les travailleurs et les employeurs, le «marché» opéré par cette législation d'exception a eu un double effet: d'une part, on garantissait aux travailleurs une compensation partielle et forfaitaire et, d'autre part, on accordait aux employeurs une immunité quant aux actions en responsabilité civile. Voir *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, par A. Nadeau, 1949; K. Lippel, *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique* (1986), et L. Dubé, «L'immunité civile des employeurs en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles», dans *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1993), p. 81.

Dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, où notre Cour devait décider si une loi provinciale qui réglemente les conditions de

tion was constitutionally applicable to a federal undertaking, Beetz J., speaking for the Court, stated the following about the nature of industrial accident compensation schemes (at p. 851):

In general, workmen's compensation schemes, whether in British Columbia, Quebec or the schemes in all or most of the provinces, are statutory insurance schemes of no-fault collective liability, which replace the former systems of individual civil liability based on fault. They are generally financed, at least in part, by contributions from employers. They create a complex system of direct statutory remedies and subrogatory remedies which have little to do with the old common law or *droit commun* remedies. Their main purpose is compensation and thus more or less a form of final exhaustion of remedies. [Emphasis added.]

It is also necessary to elaborate on the civil immunity provided for in s. 438 *AIAOD*, which, according to my colleague, completely deprives those who suffer employment injuries of their right to bring civil liability actions against their employers. Co-workers would also have such immunity under s. 442, the purport of which is the same as s. 438. First of all, I note that this type of clause, which derogates from the general law by excluding the jurisdiction of the courts, must be interpreted restrictively (see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 421-24).

For the sake of convenience, I will reproduce the English and French versions of s. 438 *AIAOD*:

438. No worker who has suffered an employment injury may institute a civil liability action against his employer by reason of his employment injury.

438. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion. [Emphasis added.]

Article 1056a *C.C.L.C.* (in force at the time of these proceedings) recognizes this civil immunity as part of the general law by barring any "recourse" in civil liability.

santé et de sécurité du travail était constitutionnellement applicable à une entreprise fédérale, le juge Beetz, au nom de la Cour, s'exprimait ainsi concernant la nature du système d'indemnisation des accidents de travail (à la p. 851):

Les régimes d'indemnisation des accidents du travail, en général, qu'il s'agisse de celui de la Colombie-Britannique, de celui du Québec et de ceux de toutes les provinces ou de la plupart d'entre elles, sont des régimes législatifs d'assurance et de responsabilité collective sans faute, qui remplacent les anciens régimes de responsabilité civile individuelle fondés sur la faute. Ils sont généralement financés, du moins en partie, par des contributions des employeurs. Ils créent un système complexe de recours statutaires directs et de recours subrogatoires qui ont peu à voir avec les anciens recours de droit commun. Ils sont axés sur l'indemnisation et donc sur une forme de liquidation plus ou moins définitive des recours. [Je souligne.]

D'autre part, il est nécessaire d'élaborer sur l'immunité civile prévue à l'art. 438 *LATMP*, qui selon mon collègue, priverait entièrement une personne victime d'une lésion professionnelle de son droit d'action en responsabilité civile contre son employeur. Les cotravailleurs bénéficieraient également de telle immunité en vertu de l'art. 442, dont la teneur est la même que celle de l'art. 438. Je signale, de prime abord, que ce genre de clause qui, en écartant la compétence des cours de justice déroge au droit commun, commande une interprétation restrictive (voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 482 à 484).

Par souci de commodité, je reproduis ici les textes français et anglais de l'art. 438 *LATMP*:

438. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion.

438. No worker who has suffered an employment injury may institute a civil liability action against his employer by reason of his employment injury. [Je souligne.]

L'article 1056a *C.c.B.C.* (en vigueur au moment des présentes procédures) entérine cette immunité civile au niveau du droit commun en faisant obstacle aux «recours» en responsabilité civile.

32

33

34

I note first that s. 438 of the *AIAOD* refers to a civil liability “action” (“recourse” under art. 1056a *C.C.L.C.*) and not to liability-related “rights”. In this regard, a parallel can be drawn with the automobile accident compensation system under the *Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25. That Act is *in pari materia* with the issue in the instant case, since it also creates a “statutory insurance schem[e] of no-fault collective liability” as that term was used in *Bell Canada, supra*, at p. 851. The civil immunity clause in that Act provides as follows:

83.57. Compensation under this title stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice.

83.57. Les indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d'un dommage corporel et nulle action à ce sujet n'est reçue devant un tribunal. [Emphasis added.]

35

The term “*droit*” is defined as follows in *Vocabulaire juridique* (1994), a dictionary edited by G. Cornu, at p. 290:

[TRANSLATION] 4 In a technical, precise sense, a right [“*droit* subjectif”]: individual *prerogative recognized and sanctioned by the law [“*Droit* objectif”, which is capitalized, unlike “*droit* subjectif”], which allows the holder thereof to do, require or prohibit something for his or her own benefit or, sometimes, for someone else’s benefit. [Emphasis added.]

See also P.-A. Crépeau, *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons* (2nd ed. 1991), at p. 381.

36

The term “*action*” (“remedy” has more or less the same meaning) is defined as follows in *Vocabulaire juridique*, at p. 19:

[TRANSLATION] *a* / (usual meaning). Sanction of a *right; legal means available for obtaining judicial protection of a right or legitimate interest (in this sense, every right carries with it an action), potential guarantee included in the patrimony of an individual (one speaks of an individual’s rights and actions, art. 1166).

Je note d’abord que la terminologie utilisée à l’art. 438 *LATMP* réfère à une «action» en responsabilité civile («recours» aux termes de l’art. 1056a *C.c.B.C.*), et non aux «droits» subjectifs relatifs à la responsabilité. À cet égard, nous pouvons établir un parallèle avec le système d’indemnisation dans le domaine des accidents automobiles prévu à la *Loi sur l’assurance automobile*, L.R.Q., ch. A-25. Cette dernière est *in pari materia* au problème en litige puisqu’elle crée aussi un «régim[e] législatif] d’assurance et de responsabilité collective sans faute» au sens donné dans l’arrêt *Bell Canada*, précité, à la p. 851. La clause d’immunité civile prévue à cette loi énonce ceci:

83.57. Les indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d'un dommage corporel et nulle action à ce sujet n'est reçue devant un tribunal.

83.57. Compensation under this title stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice. [Je souligne.]

Le terme «*droit*» est défini au dictionnaire publié sous la direction de G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (1994), à la p. 290, comme:

4 Dans un sens technique de précision, le droit subjectif (on écrit *droit* — avec une minuscule — par opp. à *Droit* objectif): *prerogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d’exiger ou d’interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l’intérêt d’autrui. [Je souligne.]

Voir également P.-A. Crépeau, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* (2^e éd. 1991), aux pp. 195 et 196.

Pour sa part, le mot «action» («recours» possède sensiblement la même signification) est défini ainsi dans le dictionnaire *Vocabulaire juridique*, à la p. 19:

a / (sens courant). Sanction d’un *droit subjectif; voie de droit ouverte pour la protection judiciaire d’un droit ou d’un intérêt légitime (en ce sens, tout droit est muni d’action), garantie potentielle comprise dans le patrimoine d’un individu (on parle de ses droits et actions, a. 1166).

b / (precise meaning). Right to bring suit; right (available on certain conditions: *interest, *capacity, etc.) for a person who makes a *claim (main, incidental, appeal, appeal to Court of Cassation, etc.) to be heard and judged on the merits of that claim, which cannot be found to be barred, the judge being required to declare whether it is valid or invalid. . . . [Emphasis added.]

The definition of “action” in *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, at p. 11, is even more revealing in Quebec’s bilingual legislative context:

1. (*Jud. Law*) Right to submit a claim to a judicial authority for the purpose of obtaining the sanction or acknowledgement of a right.

Occ. Art. 2188 C.C.

Obs. The term is rarely used in this way in Quebec judicial law; the word *action* used alone is employed more in the sense of a judicial demand, whereas an *action* in the sense of the power to submit a claim to the courts is characterized as a *right of action* (art. 2188 C.C.).

Fr. action, action en justice. [Emphasis added.]

To return to the relevant statutory provisions, s. 438 *AIAOD* uses the term “action” to confer civil immunity on employers, while art. 1056a *C.C.L.C.* uses the term “recourse” and s. 83.57 of the *Automobile Insurance Act* refers to “action”, “remedies” and “rights”. On this basis, it would seem that civil immunity with respect to employment injuries is more limited: it applies only to the power to submit a claim to a judicial authority for the purpose of obtaining the sanction or acknowledgment of a right and does not extend to the right itself, that is, the interest legally protected by law. Moreover, the English version of s. 438 *AIAOD* refers to a “civil liability action” (emphasis added), and not a “right of action”, thus confirming that it is the power to obtain the sanction or acknowledgment of a right that is excluded by that clause.

Moreover, the civil immunity clause in s. 438 *AIAOD* bars “civil liability” actions (emphasis added) and not simply “liability” actions. The term

b / (sens précis). Droit d’agir en justice; droit (ouvert à certaines conditions: *intérêt, *qualité, etc.), pour l’auteur d’une *prétention (principale, incidente, appel, pourvoi en cassation, etc.) d’être entendu et jugé sur le fond de celle-ci, sans qu’elle puisse être écartée comme irrecevable, le juge étant tenu de la déclarer bien ou mal fondée [. . .]. [Je souligne.]

La définition de «action» que l’on trouve au *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, à la p. 20, est encore plus révélatrice dans le contexte législatif bilingue du Québec:

1. (*D. jud.*) Faculté de saisir l’autorité judiciaire en vue d’obtenir la sanction d’un droit. «L’action est le droit qu’on a de demander quelque chose en justice (. . .)» (Pothier, *Œuvres*, t. 10, n° 241, p. 107).

Occ. Art. 2188 C. civ.

Rem. En droit judiciaire québécois, cet emploi est rare, ce qui s’explique en partie par l’influence de la terminologie anglaise. En effet, le terme anglais *action* s’emploie plutôt au sens de la demande en justice, tandis que l’action au sens de faculté de saisir les tribunaux se rend par *right of action* (art. 2188 C. civ.).

Syn. Action en justice.

Angl. action. [Je souligne.]

Pour revenir aux textes législatifs pertinents, afin d’accorder une immunité civile aux employeurs, l’art. 438 *LATMP* utilise le mot «action» et l’art. 1056a *C.c.B.C.* le terme «recours», tandis que l’art. 83.57 de la *Loi sur l’assurance automobile* réfère aux «action[s]», au «recours», aussi qu’aux «droits». Il appert, dès lors, que l’immunité civile en matière de lésions professionnelles est plus restrictive; elle se limite à la faculté de saisir l’autorité judiciaire en vue d’obtenir la sanction d’un droit et ne s’étend pas aux droits subjectifs, c’est-à-dire aux intérêts juridiquement protégés par le droit objectif. De plus, le texte anglais de l’art. 438 *LATMP* parle de «civil liability action» (je souligne), et non de «right of action», confirmant par là que c’est la faculté d’obtenir la sanction du droit qui est mise de côté par cette clause.

D’autre part, la clause d’immunité civile prévue à l’art. 438 *LATMP* fait obstacle aux actions en «responsabilité civile» (je souligne) et non aux

“*responsabilité*” (liability) is defined as follows in *Vocabulaire juridique*, at p. 723:

[TRANSLATION] Obligation to answer for damage in court and to bear the civil, penal, disciplinary and other consequences thereof (to the victim, society, etc.). See *accountability, answer. Ant. non-liability*. [Emphasis added.]

See also the definition in *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, at p. 254.

39 The term “*responsabilité civile*” (civil liability) is defined as follows in *Vocabulaire juridique*, at p. 724:

[TRANSLATION] *a* / In a generic sense (which encompasses delictual and contractual liability), any obligation to answer civilly for damage one has caused to another, that is, to remedy it in kind or by an equivalent (esp. by paying *compensation). See *non-cumulativeness* [“non-cumul”].

b / Refers more spec. to civil liability in delict, as opposed to penal liability. See **civil action*. [Emphasis added.]

To the same effect, see *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, at pp. 62-63.

40 Thus, when s. 438 *AIAOD* refers to a “civil liability” action, it means the power to sue to obtain compensation for prejudice; this is more limited than a “liability” action, which may deal not only with compensation for prejudice but with punitive, disciplinary or deterrent remedies. It is therefore apparent that the *AIAOD*’s civil immunity clause is applicable only to actions for compensation and not to the power to submit a claim to a judicial authority to obtain some other remedy, such as an exemplary remedy.

41 Above and beyond these semantic arguments about s. 438 *AIAOD*, it is necessary, in order to resolve the issue under consideration, to determine whether the civil immunity clause under the *AIAOD* can be reconciled with the specific

actions simplement en «responsabilité». Le terme «responsabilité» est défini comme suit dans le dictionnaire *Vocabulaire juridique*, à la p. 723:

Obligation de répondre d’un dommage devant la justice et d’en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. (soit envers la victime, soit envers la société, etc.). V. *imputabilité, répondre. Ant. irresponsabilité*. [Je souligne.]

Voir également la définition du *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, à la p. 498.

De son côté, l’expression «responsabilité civile» est définie de la façon suivante dans le dictionnaire *Vocabulaire juridique*, à la p. 724:

a / En un sens générique (qui englobe la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle), toute obligation de répondre civilement du dommage que l’on a causé à autrui, c’est-à-dire de le réparer en nature ou par équivalent (not. en versant une *indemnité). V. *non-cumul*.

b / Désigne plus spéc. la responsabilité civile délictuelle, par opp. à la responsabilité pénale. V. **action civile*. [Je souligne.]

Voir également, au même effet, le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, à la p. 499.

Ainsi donc, lorsque l’art. 438 *LATMP* réfère aux actions en «responsabilité civile», il vise la faculté d’agir en justice afin d’obtenir la réparation du préjudice subi, ce qui est plus restreint qu’une action en «responsabilité» qui peut avoir trait, non seulement à la réparation du préjudice de nature compensatoire, mais également au redressement pour des fins punitives, disciplinaires ou dissuasives. Il appert alors que la clause d’immunité civile prévue par la *LATMP* vise uniquement les actions de nature compensatoire et ne couvre pas la faculté de saisir l’autorité judiciaire en vue d’obtenir un redressement d’une nature autre, comme celui de nature exemplaire.

Au-delà de ces arguments de sémantique relatifs à l’art. 438 *LATMP*, afin de répondre à la question en litige, il est nécessaire de voir s’il est possible de concilier la clause d’immunité civile prévue à la *LATMP* avec les redressements particuliers

remedies provided for in the *Charter*. The solution I propose seems to me to be compatible with all the imperatives involved.

IV. *Charter of Human Rights and Freedoms*

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.

This Court has already discussed the nature, role and scope of provincial and federal legislation dealing with human rights and freedoms and the manner in which it should be interpreted. Those comments apply *mutatis mutandis* to the Quebec *Charter*. In *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158, Lamer J. (as he then was) wrote that British Columbia's *Human Rights Code* could not be interpreted "as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law". As well, in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, La Forest J. explained the principle that human rights legislation must be interpreted generously to attain the objectives being pursued by it (at p. 89):

As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional". . . .

See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Canadian National*

prescrits par la *Charte*. La solution que je propose me semble rallier tous les impératifs en présence.

IV. *La Charte des droits et libertés de la personne*

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.

Notre Cour a déjà élaboré sur la nature, le rôle et la portée des lois, provinciales ou fédérales, en matière de droits et libertés de la personne, de même que sur la façon de les interpréter, lesquels propos s'appliquent *mutatis mutandis* à la *Charte* québécoise. Dans l'arrêt *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a écrit que le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique ne saurait être interprété «comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale». De même, dans *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, le juge La Forest a expliqué le principe selon lequel les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées généreusement afin d'atteindre les objets qu'elles visent (à la p. 89):

Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle».

Voir également *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Com-*

42

43

Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1987] 1 S.C.R. 1114; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; and *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571.

pagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; et *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571.

44 In the context of the Quebec Charter, see *Thibault v. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029 (C.A.), and *Archambault v. Doucet*, [1993] R.J.Q. 2389 (Sup. Ct.). See also authors G. Rémillard, «Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec», in D. Turp and G.-A. Beaudoin, eds., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986), p. 205; J.-Y. Morin, «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne» (1987), 21 *R.J.T.* 25; and G.-A. Beaudoin, «De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial», in G.-A. Beaudoin, ed., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés* (1989), p. 23.

Dans le contexte de la Charte québécoise, voir *Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029 (C.A.), et *Archambault c. Doucet*, [1993] R.J.Q. 2389 (C.S.). Voir également les auteurs G. Rémillard, «Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec», dans D. Turp et G.-A. Beaudoin, dir., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986), p. 205; J.-Y. Morin, «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne» (1987), 21 *R.J.T.* 25; et G.-A. Beaudoin, «De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial», dans G.-A. Beaudoin, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés* (1989), p. 23.

45 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, *supra*, at p. 311.

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, *op. cit.*, à la p. 351.

46 In my view, these principles apply as much to the remedies provided for in the Charter as they do to the fundamental rights protected therein. This brings me to a more specific discussion of s. 49 of the Charter and its relationship to the immunity clause in s. 438 AIAOD.

Ces principes, à mon avis, s'appliquent autant pour les mesures de redressement prévues par la Charte que pour les droits fondamentaux qui y sont protégés. Ceci m'amène à discuter plus particulièrement de l'art. 49 de la Charte ainsi que de sa relation avec la clause d'immunité à l'art. 438 LATMP.

V. Section 49 of the Charter in Relation to Section 438 AIAOD

The purpose of the first paragraph of s. 49 of the *Charter* is to provide compensation for moral or material prejudice, while the purpose of the second paragraph of the same section is to punish and deter “unlawful and intentional” interference with guaranteed rights. It is true that the *Charter* provides for other remedies aimed at punishment and deterrence, including penal proceedings under ss. 134 and 135 and the possibility of applying to the Human Rights Tribunal for any appropriate measure of redress under ss. 80 and 111 of the *Charter*. In my view, however, these measures are partial and inadequate to meet the objectives of punishment and deterrence that motivate an award of exemplary damages, especially in the labour context, where some employers will not be induced to rectify a climate of harassment except by the threat of monetary retaliation under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. Moreover, making these alternative measures the only possible remedies for harassment in the workplace would deprive this paragraph of an important part of its punitive and deterrent role, and to do so would disregard the large and liberal interpretation principles applicable to the *Charter*.

What is more, in the case at bar the fundamental right in respect of which the appellant seeks a remedy under s. 49 is the right not to be harassed in the workplace, which is guaranteed in s. 10.1 of the *Charter*. That section is expressly included among those that are given relative preponderance by s. 52 of the *Charter*, which I will reproduce here for the sake of convenience:

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

My colleague Gonthier J. expresses the opinion that the *Charter's* primacy does not extend to the remedies provided for in s. 49 since that section is not expressly mentioned in s. 52. With respect, it

V. L'article 49 de la Charte au regard de l'art. 438 LATMP

L'objectif de l'alinéa premier de l'art. 49 de la *Charte* est de compenser pour le préjudice moral ou matériel subi tandis que celui du deuxième alinéa de ce même article est de punir et dissuader les atteintes «illicites et intentionnelles» aux droits garantis. Il est vrai que la *Charte* permet d'autres mesures de redressement de nature punitive et dissuasive, entre autres les procédures pénales prévues aux art. 134 à 135 et la possibilité de saisir le Tribunal des droits de la personne afin qu'il ordonne toute mesure de redressement appropriée, aux termes des art. 80 et 111 de la *Charte*. Je suis d'avis, toutefois, que ces mesures sont partielles et insuffisantes afin de rejoindre l'objectif recherché par l'octroi de dommages exemplaires, soit la punition et la dissuasion, surtout dans le domaine du travail où certains employeurs ne seront incités à remédier au climat de harcèlement que par la menace de représailles monétaires prévues au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. De plus, en matière de harcèlement au travail, limiter les redressements possibles à ces mesures alternatives amputerait cet alinéa d'une partie importante de sa fonction punitive et dissuasive, ce qui ferait fi des principes d'interprétation large et libérale en matière de *Charte*.

Qui plus est, en l'espèce, le droit fondamental dont l'appelante demande redressement en vertu de l'art. 49 est celui de ne pas être harcelée au travail, droit garanti à l'art. 10.1 de la *Charte*. Cet article fait explicitement partie de ceux qui jouissent d'une prépondérance relative en vertu de l'art. 52 de la *Charte*, que je reproduis ici par souci de commodité:

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Mon collègue le juge Gonthier opine que la primauté de la *Charte* ne s'applique pas aux redressements prévus à l'art. 49, cet article n'étant pas expressément énuméré à l'art. 52. Avec respect, il

47

48

49

would be paradoxical to say the least if the precedence conferred by the legislature on the rights guaranteed in ss. 1 to 38 of the *Charter* did not extend to s. 49, the precise purpose of which is to order remedies to enforce those fundamental rights. According to my colleague's reasoning, all the remedies provided for in the *Code of Civil Procedure*, for example, would have to be mentioned in the *Civil Code of Québec* to be considered principles of the *jus commune*, as that term is used in the preliminary provision of the *Civil Code of Québec*. Yet it is well known that the *Code of Civil Procedure* establishes the general legal rules respecting sanctions under Quebec civil law (see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (2nd ed. 1994), vol. 1, at pp. 1-2). Likewise, with respect to fundamental freedoms, if the *Charter* is to afford effective protection to the rights under ss. 1 to 38, it must obviously include the corollaries necessary to exercise those rights, namely the remedies provided for in s. 49 of the *Charter*.

50

In my opinion, it is clear that the fundamental rights guaranteed in ss. 1 to 38 of the *Charter*, which may not be derogated from except by an express statutory provision, would be meaningless if the remedies under s. 49 did not also have the same precedence. The general principle that a person has rights only to the extent that a remedy is available for their violation applies with even more force to fundamental freedoms (see *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 229). No one could argue, for example, that the remedies under ss. 24 and 52 of the *Constitution Act, 1982* are not as fundamental as the rights guaranteed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In my view, therefore, it is unnecessary for s. 52 of the *Charter* to mention s. 49 specifically, since the latter provision simply sets out the possible remedies and does not guarantee a right. It is thus correct to recognize that, although s. 49 of the *Charter* is not specifically mentioned in s. 52, it is incidental to the rights specified in ss. 1 to 38, including the right not to

serait pour le moins paradoxal si la préséance que le législateur a donnée aux droits garantis aux art. 1 à 38 de la *Charte* ne couvrait pas l'art. 49, qui a précisément pour but d'ordonner des mesures de redressement destinées à faire respecter ces droits fondamentaux. Selon le raisonnement de mon collègue, tous les redressements prévus au *Code de procédure civile*, par exemple, devraient être énumérés au *Code civil du Québec* afin d'être considérés comme des principes de droit commun, au sens donné par la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. Or, nous savons que le *Code de procédure civile* établit les règles de droit commun en matière de sanction du droit civil québécois (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (2^e éd. 1994), vol. 1, aux pp. 1 et 2). De même, en matière de libertés fondamentales, si la *Charte* veut protéger efficacement les droits subjectifs aux art. 1 à 38, elle doit de toute évidence comprendre les corollaires nécessaires à l'exercice de ces droits, soit les redressements prévus à l'art. 49 de la *Charte*.

En effet, il est clair, à mon avis, que les droits fondamentaux garantis aux art. 1 à 38 de la *Charte*, auxquels on ne peut déroger que par mention expresse dans une loi, ne voudraient rien dire si les redressements prévus à l'art. 49 ne bénéficiaient pas également de la même préséance. Le principe général selon lequel une personne n'a de droit que dans la mesure où elle peut obtenir un redressement en cas de violation s'applique avec encore plus de force en matière de libertés fondamentales (voir *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, à la p. 229). Nul ne saurait prétendre, par exemple, que les redressements aux termes des art. 24 ou 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne possèdent pas le même caractère fondamental que les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'était donc pas nécessaire, à mon avis, que l'art. 52 de la *Charte* mentionne spécifiquement l'art. 49 puisque cette disposition vient uniquement expliciter les mesures de redressement possibles et non garantir un droit subjectif. Il est donc juste de reconnaître que l'art. 49 de la *Charte*, quoique non spécifiquement énuméré à l'art. 52, est accessoire aux droits spécifiés aux art. 1 à 38, dont celui de ne

be harassed in the workplace, and therefore has the same relative preponderance.

I would like to add that the application of s. 52 of the *Charter* also excludes s. 51, which provides that “[t]he Charter shall not be so interpreted as to extend, limit or amend the scope of a provision of law except to the extent provided in section 52” (emphasis added). Accordingly, with deference to the opinion of my colleague Gonthier J., I am not of the view that ss. 51 and 52 of the *Charter* must be “read together” in the case at bar.

If, as I believe, s. 49 of the *Charter*, as a corollary to ss. 1 to 38, prevails over statutes that do not derogate expressly therefrom, it would seem, *prima facie*, that the two types of remedies provided for in s. 49 must be found to take precedence over the compensation system under the *AIAOD*. However, in the case at bar it is apparent that the preponderance of s. 49 of the *Charter* has an impact only as regards the exemplary remedy under the second paragraph of that section.

With respect to the compensatory remedy under the first paragraph of s. 49, the general law system overlaps with that of the *Charter* when it comes to harassment in the workplace. More importantly, that overlap extends to the compensatory objective of the remedies provided for in the *AIAOD*, which also grants indemnities for loss of income and physical impairment (see s. 1 *AIAOD*). In fact, although the no-fault compensation system under the *AIAOD* authorizes only partial, fixed-sum compensation — *inter alia* with respect to moral damages, which it seems cannot be awarded under the *AIAOD* — it has precisely the same objective as the first paragraph of s. 49 of the *Charter*, namely providing compensation for prejudice.

Moreover, in overall terms this “statutory insurance schem[e] of no-fault collective liability” (see *Bell Canada, supra*, at p. 851) is undoubtedly more beneficial for all those involved, including

pas être harcelé au travail, et, partant, jouit de la même prépondérance relative.

Je tiens à ajouter que l’application de l’art. 52 de la *Charte* écarte du même coup l’art. 51, qui stipule que «[l]a Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d’une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l’article 52» (je souligne). Par conséquent, avec déférence pour l’opinion de mon collègue le juge Gonthier, je ne crois pas qu’il faille «lire conjointement» les art. 51 et 52 de la *Charte* en l’espèce.

Si, comme je le crois, l’art. 49 de la *Charte*, à titre de corollaire des art. 1 à 38, a préséance sur les lois qui n’y dérogent pas expressément, il semble, *prima facie*, qu’il faille en conclure que le régime d’indemnisation établi par la *LATMP* doit céder le pas aux deux types de redressement prévus à l’art. 49. Or, dans le cas qui nous intéresse, il appert que la prépondérance de l’art. 49 de la *Charte* n’a d’incidence qu’à l’égard du redressement de nature exemplaire aux termes du second alinéa de cet article.

En effet, en matière de harcèlement au travail, le redressement de nature compensatoire prévu à l’alinéa premier de l’art. 49 fait l’objet d’un chevauchement entre le système de droit commun et celui de la *Charte* et, plus important encore, ce chevauchement s’étend à l’objectif de compensation des mesures de réparation prévues en vertu de la *LATMP*, qui indemnise en outre la perte de revenus et l’atteinte à l’intégrité physique (voir l’art. 1 *LATMP*). De fait, bien que le régime d’indemnisation sans faute établi par la *LATMP* ne permette qu’une compensation partielle et forfaitaire — entre autre au niveau des dommages moraux dont l’octroi ne semble pas possible aux termes de la *LATMP* — il vise néanmoins exactement le même objectif que le premier alinéa de l’art. 49 de la *Charte*, c’est-à-dire la réparation du préjudice de nature compensatoire.

Par ailleurs, ce «régim[e] législati[f] d’assurance et de responsabilité collective sans faute» (voir *Bell Canada, précité*, à la p. 851), de façon globale, demeure indubitablement plus avantageux

51

52

53

54

workers who sustain an employment injury and wish to be compensated for the prejudice suffered (Lippel, *supra*). In short, the compensatory objective underlying the first paragraph of s. 49 of the *Charter* is adequately attained under the *AIAOD* system without having to rely on the relative preponderance provided for in s. 52.

pour tous les intervenants, y compris pour les travailleurs victimes d'une lésion professionnelle qui désirent être compensés pour le préjudice subi (Lippel, *op. cit.*). En somme, l'objectif de compensation qui sous-tend le premier alinéa de l'art. 49 de la *Charte* est suffisamment atteint aux termes du régime établi par la *LATMP* sans qu'on doive avoir recours à la prépondérance relative prévue à l'art. 52.

55 However, the same cannot be said of the punitive, deterrent remedy under the second paragraph of s. 49. The two systems do not overlap in respect of this remedy, which, it seems, cannot be awarded under the *AIAOD*. Full effect must therefore be given to its punitive, deterrent role in the analysis under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. Moreover, since the immunity clause in s. 438 *AIAOD* does not mention exemplary damages, it does not explicitly derogate, as required by s. 52 of the *Charter*, from the possibility of ordering the payment thereof.

Il en va autrement, cependant, quant au redressement de nature punitive et dissuasive du second alinéa de l'art. 49. Ce redressement ne fait pas l'objet de chevauchement entre les deux régimes et ne semble pas pouvoir être octroyé en vertu de la *LATMP*. Il faut donc donner plein effet à sa fonction punitive et dissuasive dans le cadre même de l'analyse aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. De plus, puisque la clause d'immunité prévue à l'art. 438 *LATMP* ne fait aucune mention des dommages exemplaires, elle ne déroge donc pas explicitement, comme l'exige l'art. 52 de la *Charte*, à la possibilité d'en ordonner le paiement.

56 Unlike Gonthier J., I do not think the fact that the *AIAOD* came into force after the *Charter* shows that there was an intention to derogate from the second paragraph of s. 49, since s. 52 of the *Charter* expressly states that the *Charter* prevails over all statutory provisions, "even subsequent to the Charter". Moreover, the origin of the issue before this Court, namely the inclusion of harassment in the workplace in the definition of "employment injury" under the *AIAOD*, results from the CALP's 1988 and 1989 decisions. This expansive interpretation could not, of course, have been foreseen by the legislature in 1985. I am therefore of the view that the date on which the *AIAOD* came into force is not relevant to these proceedings.

Contrairement à l'opinion du juge Gonthier, j'estime que le fait que la *LATMP* ait pris effet après la *Charte* ne démontre aucunement une intention de déroger au second alinéa de l'art. 49 puisque l'art. 52 de la *Charte* stipule expressément que la préséance existe à l'égard de toute disposition d'une loi, «même postérieure à la Charte». Par ailleurs, l'origine du problème devant nous, soit l'inclusion du harcèlement au travail dans la définition de «lésion professionnelle» prévue à la *LATMP*, résulte de décisions de la CALP datant de 1988 et 1989. Cette interprétation extensive ne pouvait évidemment pas être envisagée par le législateur en 1985. Je suis donc d'avis que la date de mise en vigueur de la *LATMP* n'est aucunement pertinente au débat.

57 It goes without saying that the question of primacy would not arise if the legislature had been explicit about the relationship between exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* and the no-fault compensation system under the *AIAOD*. However, as these legislative schemes currently stand, giving precedence to the

Il va sans dire que la question de préséance ne se poserait pas si le législateur avait énoncé de façon explicite la relation entre les dommages exemplaires prévus au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* et le régime d'indemnisation sans faute établi par la *LATMP*. Cependant, dans l'état actuel de ces schèmes législatifs, la préséance du second ali-

second paragraph of s. 49 of the *Charter* seems to me the solution that is most compatible with the imperatives involved. Thus, as regards harassment in the workplace, which is covered by s. 10.1 of the *Charter*, the exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 must, in the event of inconsistency, take precedence over the civil immunity clause in s. 438 *AIAOD* precisely because of the relative preponderance that must be given to s. 10.1 of the *Charter*.

Finally, victims of harassment in the workplace to whom the *AIAOD* is applicable should, as far as possible, be entitled to the same *Charter* remedies as victims of harassment outside the workplace, as noted by Mailhot J.A. of the majority of the Court of Appeal. Moreover, in terms of logic, the need to reconcile s. 438 *AIAOD* with the second paragraph of s. 49 of the *Charter* should favour a solution that gives effect to the exemplary remedy rather than one that gives it no effect: *interpretatio chartarum benigne facienda est ut res magis valeat quam pereat*. However, in the absence of a statutory amendment, exemplary damages do not seem to be recoverable under the *AIAOD*.

In short, the exemplary damages provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* are an exceptional remedy in relation to the general law remedies; the general law system does not overlap with that of the *Charter* with respect to such damages. Nevertheless, this exemplary remedy must be interpreted generously since its purpose is to enforce the fundamental rights guaranteed in the *Charter*. Moreover, the existence of two types of remedies (compensatory and exemplary) under s. 49 of the *Charter*, as well as the legislative objectives behind an award of exemplary damages (punishment and deterrence) and the relative preponderance of the remedy under the second paragraph of s. 49 when it comes to harassment in the workplace (ss. 10.1 and 52 of the *Charter*), seem to me to authorize a distinction between compensatory remedies based on the general law or the first paragraph of s. 49 (pursuant to the overlap theory) and

née de l'art. 49 de la *Charte* m'apparaît la solution qui s'harmonise le mieux avec les impératifs en présence. Ainsi, en matière de harcèlement au travail, visé à l'art. 10.1 de la *Charte*, le redressement de nature exemplaire aux termes du second alinéa de l'art. 49 doit, en cas d'incompatibilité, avoir priorité sur la clause d'immunité civile prévue à l'art. 438 *LATMP* en vertu précisément de la prépondérance relative que doit recevoir l'art. 10.1 de la *Charte*.

Enfin, en autant que faire se peut, les victimes de harcèlement au travail visées par la *LATMP* devraient avoir droit aux mêmes mesures de redressement en vertu de la *Charte* que les victimes de tel harcèlement hors du cadre de travail, comme l'a souligné d'ailleurs madame le juge Mailhot de la majorité de la Cour d'appel. De plus, la conciliation de l'art. 438 *LATMP* et du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* devrait, d'un point de vue logique, favoriser une solution qui donne effet au redressement de nature exemplaire plutôt qu'une solution qui ne lui donne aucun effet: *interpretatio chartarum benigne facienda est ut res magis valeat quam pereat*. Or, à moins d'un amendement législatif, les dommages exemplaires ne semblent pas recouvrables aux termes de la *LATMP*.

En bref, les dommages exemplaires prévus au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* constituent une mesure de redressement d'exception par rapport aux mesures de réparation de droit commun; ils ne font donc pas l'objet de chevauchement entre le régime de droit commun et celui de la *Charte*. Ce redressement de nature exemplaire doit néanmoins recevoir une interprétation généreuse puisqu'il vise à faire respecter les droits fondamentaux garantis par la *Charte*. Par ailleurs, l'existence propre des deux types de redressement aux termes de l'art. 49 de la *Charte* (compensatoire et exemplaire), de même que l'objectif législatif relatif à l'octroi de dommages exemplaires (punition et dissuasion) et la prépondérance relative du redressement prévu au deuxième alinéa de l'art. 49 en matière de harcèlement au travail (art. 10.1 et 52 de la *Charte*), me semblent autoriser une distinction entre, d'une part, la réparation de nature

58

59

the exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, at least for the purposes of s. 438 *AIAOD*.

compensatoire basée sur le droit commun ou sur le premier alinéa de l'art. 49 (en vertu de la théorie du chevauchement) et, d'autre part, le redressement de nature exemplaire prévu au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, à tout le moins pour les fins de l'art. 438 *LATMP*.

60 The civil immunity clause in s. 438 *AIAOD* is limited to civil liability "actions" (art. 1056a *C.C.L.C.* speaks of "recourse"). Section 438 therefore does not preclude the conditions for liability from being established. As well, and this is the key passage, this immunity clause is limited to "civil liability" actions, that is, the power to sue to obtain compensation for prejudice suffered. Thus, s. 438 also does not bar court actions to punish and deter certain types of behaviour.

La clause d'immunité civile prévue à l'art. 438 *LATMP* est limitée aux «actions» (l'art. 1056a *C.c.B.C.* parle de «recours») en responsabilité civile. En conséquence, l'art. 438 ne fait pas obstacle à l'établissement des conditions d'existence de la responsabilité. D'autre part, et il s'agit là du passage clef, cette clause d'immunité est limitée aux actions en «responsabilité civile», c'est-à-dire à la faculté d'agir en justice afin d'obtenir compensation pour le préjudice subi. Ainsi, l'art. 438 ne fait pas obstacle aux actions en justice dont l'objet est de punir et dissuader certaines conduites.

61 Accordingly, in light of the two legislative schemes involved and their respective imperatives, I am of the view that the civil immunity clause in s. 438 *AIAOD* applies only to compensatory remedies under the general civil law and does not cover the exemplary remedy available under an exceptional provision in the *Charter*, which must be interpreted in a large and liberal manner and in accordance with its purpose.

Par conséquent, à la lumière des deux régimes législatifs en cause et de leurs impératifs respectifs, je suis d'avis que la clause d'immunité civile prévue à l'art. 438 *LATMP* ne vise que la réparation de nature compensatoire, relevant du droit commun civiliste, et ne couvre pas le redressement de nature exemplaire, qui résulte d'une disposition d'exception prévue à la *Charte*, dont l'interprétation doit être large et libérale de même que conforme à son objet.

62 My colleague is of the opinion that the remedy provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* can only be incidental to the compensatory remedy under the first paragraph of s. 49. With respect, I cannot accept that interpretation. I am not convinced by my colleague's argument that the words "in addition", in the second paragraph, necessarily make an award of exemplary damages dependent on an award of compensatory damages. In my view, those words simply mean that a court can not only award compensatory damages but can "in addition", or equally, as well, moreover, also (see the definition of "*en outre*" in *Le Grand Robert de la langue française* (1986), vol. 6), grant a request for exemplary damages. The latter type of damages is therefore not dependent on the former. The only conditions for the second paragraph of s. 49 to apply are the estab-

Mon collègue est d'avis que le redressement prévu au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* ne peut être que l'accessoire du redressement de nature compensatoire aux termes de l'alinéa premier de l'art. 49. Avec respect, je ne puis me rallier à cette interprétation. L'argument de mon collègue suivant lequel l'expression «en outre» au second alinéa conditionne nécessairement l'octroi de dommages exemplaires à celui de dommages compensatoires ne me convainc pas. Cette expression, à mon avis, veut simplement dire que le tribunal peut non seulement accorder des dommages compensatoires, mais «en outre», soit également, en plus de cela, de surcroît, d'autre part, aussi (voir *Le Grand Robert de la langue française* (1986), t. 6), faire droit à une demande de dommages exemplaires. Les seconds ne dépendent donc pas des premiers. En fait, les seules conditions d'applica-

lishment of liability (fault, prejudice and causal connection) and the “unlawful and intentional” nature of the interference with a *Charter* right.

In short, a literal, contextual, logical and teleological interpretation of the legislative schemes of the *AIAOD* and the *Charter*, and the interpretation principles applicable to the latter, lead me to conclude that employers have civil immunity under s. 438 *AIAOD* only with respect to “civil liability actions”, that is, the power to submit a claim to a court to obtain a compensatory remedy based on the general law or the first paragraph of s. 49 of the *Charter* (pursuant to the overlap theory), and not with respect to the exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. The remedy provided for in the second paragraph of s. 49 must remain available to victims of harassment in the workplace notwithstanding s. 438 *AIAOD*.

In practice, to claim exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, a victim of harassment in the workplace must first prove, in the forum of competent jurisdiction, the elements of fault, prejudice and causal connection. Furthermore, as required by the second paragraph of s. 49, he or she must show that the interference with the guaranteed right was “unlawful and intentional” (see *Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau*, *supra*, and *West Island Teachers' Association v. Nantel*, *supra*).

The “unlawful and intentional” interference must be attributable to the person who engaged in the harassment in the workplace or, in the case of an action under art. 1054 *C.C.L.C.* (now art. 1463 *C.C.Q.*), to the employer who, for example, did nothing to create a harassment-free work environment (see *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, *supra*, and *Halkett v. Ascofigex Inc.*, [1986] R.J.Q. 2697 (Sup. Ct.)). I agree with Mailhot J.A. of the majority of the Court of Appeal that, in the latter situation, the employer’s liability under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* will depend on the evidence and the assessment thereof. Professor

tion du deuxième alinéa de l’art. 49 consistent en l’établissement de la responsabilité (faute, préjudice et lien de causalité) et du caractère «illicite et intentionnel» de l’atteinte au droit garanti par la *Charte*.

En somme, l’interprétation littérale, contextuelle, logique et téléologique des schèmes législatifs de la *LATMP* et de la *Charte*, de même que les principes d’interprétation relatifs à cette dernière, me poussent à conclure que l’immunité civile de l’employeur prévue à l’art. 438 *LATMP* se limite aux «actions» en «responsabilité civile», c’est-à-dire à la faculté de saisir les tribunaux afin d’obtenir une réparation de nature compensatoire fondée sur le droit commun ou sur le premier alinéa de l’art. 49 de la *Charte* (en vertu de la théorie du chevauchement), et ne vise pas le redressement de nature exemplaire aux termes du deuxième alinéa de l’art. 49 de la *Charte*. Bref, le redressement prévu au second alinéa de l’art. 49 doit demeurer ouvert à la victime de harcèlement au travail nonobstant l’art. 438 *LATMP*.

En pratique, afin de réclamer des dommages exemplaires en vertu du second alinéa de l’art. 49 de la *Charte*, la victime de harcèlement au travail devra tout d’abord faire la preuve, devant l’instance compétente, de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Par ailleurs, comme l’exige le deuxième alinéa de l’art. 49, elle devra démontrer que l’atteinte au droit garanti est «illicite et intentionnelle» (voir *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau* et *West Island Teachers' Association c. Nantel*, précités).

L’atteinte «illicite et intentionnelle» doit être attribuable à l’auteur du harcèlement au travail ou, s’il est celui qu’on poursuit en vertu de l’art. 1054 *C.C.B.C.* (maintenant l’art. 1463 *C.C.Q.*), à l’employeur qui, par exemple, n’aurait rien fait pour créer un climat de travail dénué de harcèlement (voir *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité, et *Halkett c. Ascofigex Inc.*, [1986] R.J.Q. 2697 (C.S.)). Selon ce dernier scénario, je suis d’accord avec madame le juge Mailhot, de la majorité de la Cour d’appel, pour dire que la responsabilité de l’employeur aux termes du second alinéa de l’art. 49 de la *Charte* dépendra de la

63

64

65

Perret, *supra*, dealt with this aspect of employers' liability to pay exemplary damages (at p. 140, note 48):

[TRANSLATION] Punitive damages are payable by the person who committed the intentional fault. However, what happens where another person, who has the person who committed the fault under his or her care, control or supervision, is normally liable for the latter under art. 1054 of the *Civil Code*? For example, are employers, who are normally liable for the compensatory damages payable as a result of the fault of their employees in the performance of their duties, also liable for the exemplary damages their employees are ordered to pay for having, in the course of their work, intentionally caused the damage complained of by the victim? . . . It seems highly doubtful that a person can be *punished* for the intentional fault of another under any circumstances. Does not punishment presuppose that the person being punished had wrongful intent? That is why I feel that employers cannot be held jointly and severally liable for the exemplary damages payable as a result of the intentional fault of their employees, except where there was some complicity between them (e.g. orders given, knowledge and failure to order the wrongdoing stopped) or where the employee in question is in fact one of the managers of the company. [Italics in original; underlining added.]

See also Dallaire, *supra*, at pp. 59-60. Since an exhaustive analysis of this concept would go beyond the scope of the case at bar, this question remains open for discussion.

preuve et de son appréciation. Le professeur Perret, *loc. cit.*, traite de cet aspect de la responsabilité de l'employeur pour le paiement de dommages exemplaires (à la p. 140, note 48):

Les dommages punitifs sont dus par l'auteur de la faute intentionnelle. Que se passe-t-il cependant lorsque l'auteur de la faute engage normalement la responsabilité d'une autre personne qui en a la garde, le contrôle ou la surveillance en vertu de l'a. 1054 du *Code civil*? Ainsi, l'employeur qui est normalement responsable des dommages compensatoires causés par la faute de son employé dans l'exercice de ses fonctions, sera-t-il également tenu des dommages exemplaires auxquels aura été condamné son employé qui a causé intentionnellement, au cours de son travail, le dommage dont se plaint la victime? [. . .] Il nous apparaît très douteux que l'on puisse en n'importe quelle circonstance *punir* une personne pour la faute intentionnelle d'autrui. La punition ne suppose-t-elle pas en effet qu'il y ait eu chez celui que l'on sanctionne une intention coupable? C'est pourquoi, il nous apparaît que l'employeur ne pourra être tenu solidairement des dommages exemplaires consécutifs à la faute intentionnelle de son employé, que dans la mesure où il y aura eu entre eux une certaine complicité (ex.: ordres donnés, connaissances et non-interdiction de cesser le méfait) ou encore lorsque l'employé dont il s'agit est en fait un des dirigeants de la compagnie. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Voir également Dallaire, *op. cit.*, aux pp. 59 et 60. Comme une analyse poussée de cette notion dépasse le cadre du présent litige, le débat reste ouvert sur cette question.

66

As a final note, I should add that an interpretation that authorizes the awarding of an exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* to a person who has obtained a compensatory remedy under the *AIAOD* is consistent with the doctrine of *res judicata*. The presumption of *res judicata* is stated in art. 1241 *C.C.L.C.* (now art. 2848 *C.C.Q.*), which provides as follows:

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.

Sur une dernière note, il y a lieu d'ajouter qu'une interprétation qui permet l'octroi d'un redressement de nature exemplaire aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* à une personne ayant obtenu une réparation de nature compensatoire en vertu de la *LATMP* est conforme à la doctrine de la chose jugée. La présomption de la chose jugée est énoncée à l'art. 1241 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 2848 *C.c.Q.*), qui prévoit:

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.

Roberge v. Bolduc, [1991] 1 S.C.R. 374, discussed the nature and conditions of *res judicata*. These conditions are twofold: those pertaining to the judgment itself and those pertaining to the action. First, the court must have jurisdiction and the judgment must be definitive and must have been rendered in a contentious matter. Second, the triple identity mentioned in art. 1241 C.C.L.C., namely the identity of parties, object and cause, must be present.

In the case at bar, it is the conditions pertaining to identity that are relevant. Although the parties involved (the worker and the employer) and the cause of action (the facts giving rise to rights) are identical, the object of the proceedings is different. In *Roberge v. Bolduc*, *supra*, at p. 414, I noted that the nature of both the right sought and the remedy or purpose for which it is sought must be the same. In the instant case, the remedy authorized by the AIAOD is compensatory in nature, whereas the remedy provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* is an exemplary one that seeks to punish and deter "unlawful and intentional" interference with the rights guaranteed therein. Since these remedies have different purposes, the presumption of *res judicata* does not apply.

In conclusion, I am of the view that s. 438 AIAOD, the effect of which is to preclude a person who receives compensation for an employment injury under the AIAOD, including a victim of harassment in the workplace, from obtaining a compensatory remedy based on the general law or the first paragraph of s. 49 of the *Charter*, is not applicable to the exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. The only issue that remains to be determined is that of the appropriate forum for a worker claiming exemplary damages from his or her employer under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* when there is a collective agreement between them.

VI. Forum

Where there are no specific restrictions, any person may apply to the ordinary courts to enforce his or her rights. In the case of harassment in the

L'arrêt *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, a retracé la nature et les conditions d'existence de la chose jugée. Ces conditions sont de deux ordres: celles relatives au jugement proprement dit et celles relatives à l'action. Ainsi, d'une part, le tribunal doit avoir compétence, le jugement doit être définitif et il doit avoir été rendu en matière contentieuse. D'autre part, les trois identités énumérées à l'art. 1241 C.c.B.C. doivent exister, soit l'identité de parties, d'objet et de cause.

En l'espèce, il s'agit des conditions relatives à l'identité qui sont pertinentes. Bien que les parties en présence (le travailleur et l'employeur) et la cause d'action (les faits générateurs de droits) soient identiques, l'objet du litige est différent. Dans *Roberge c. Bolduc*, précité, à la p. 414, j'ai souligné que tant le droit subjectif que le redressement ou le but recherché doivent être de même nature. Or, ici, la réparation permise par la LATMP est de nature compensatoire tandis que le redressement prévu au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* est de nature exemplaire et a pour objet de punir et dissuader les atteintes «illicites et intentionnelles» aux droits y garantis. Puisque les objectifs respectifs de ces redressements sont différents, la présomption de la chose jugée ne trouve pas application.

En conclusion, je suis d'avis que l'art. 438 LATMP, qui a pour effet de priver une personne indemnisée pour lésion professionnelle en vertu de la LATMP, dont les victimes de harcèlement au travail, de la réparation de nature compensatoire fondée sur le droit commun ou sur l'alinéa premier de l'art. 49 de la *Charte*, ne vise aucunement le redressement de nature exemplaire aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. La seule question qui reste à déterminer est celle du forum approprié pour un travailleur qui réclame de son employeur des dommages exemplaires en vertu du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* lorsqu'il existe une convention collective qui les lie.

VI. Le forum

En l'absence de restrictions particulières, toute personne peut s'adresser aux tribunaux de droit commun pour faire valoir ses droits. En matière de

67

68

69

workplace, however, a number of other forums are available in which victims can obtain relief and compensation for the harm caused (see D. Monet, "Qui a la compétence sur le harcèlement au travail?", in *Développements récents en droit du travail* (1995), p. 1). They are as follows: (1) agencies that apply the *AIAOD*, namely the CSST, the Bureau de révision paritaire and the CALP; (2) the labour commissioner who has jurisdiction to hear complaints under s. 124 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1; (3) the Human Rights Tribunal established by s. 100 of the *Charter*, which has non-exclusive jurisdiction under ss. 80 and 111 in respect of interference with the rights protected therein; and finally, (4) grievance arbitrators under s. 100 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, in accordance with their jurisdiction under collective agreements.

harcèlement au travail, cependant, les victimes ont le choix de plusieurs autres forums afin d'obtenir redressement et réparation du tort causé (voir D. Monet, «Qui a la compétence sur le harcèlement au travail?», dans *Développements récents en droit du travail* (1995), p. 1). Il s'agit: (1) des organismes appliquant la *LATMP*, soit la CSST, le Bureau de révision paritaire et la CALP; (2) du Commissaire du travail qui a compétence pour entendre les plaintes en vertu de l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1; (3) du Tribunal des droits de la personne, créé en vertu de l'art. 100 de la *Charte*, et qui possède une compétence non exclusive à l'égard des atteintes aux droits y protégés, aux termes des art. 80 et 111; et enfin, (4) des arbitres de griefs, conformément à l'art. 100 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, en vertu de leur compétence découlant de la convention collective.

70

The issue to be determined is that of the appropriate forum when the person to whom the exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* is available is a worker governed by a collective agreement who is taking action against his or her employer for harassment in the workplace. The majority of the Court of Appeal found that the ordinary courts have jurisdiction in this regard, even in a context of labour relations governed by a collective agreement, and accordingly dismissed the respondents' motion for declinatory exception. With respect, I cannot agree with that conclusion for the following reasons. To better explain my reasoning, I will review the powers of the various agencies I have mentioned to determine the appropriate forum in the instant case.

Il s'agit ici de déterminer le forum approprié lorsque la personne à qui est ouvert le redressement de nature exemplaire aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* est un travailleur régi par une convention collective qui poursuit son employeur pour harcèlement au travail. La Cour d'appel a conclu, à la majorité, que les tribunaux de droit commun étaient compétents à cette fin, même dans un contexte de relations de travail régies par une convention collective et, en conséquence, a rejeté la requête pour exception déclinatoire présentée par les intimées. Avec égard, pour les raisons suivantes, je ne puis être d'accord avec cette conclusion et, afin de mieux m'en expliquer, je passerai en revue les pouvoirs des divers organismes que j'ai déjà mentionnés pour décider du forum approprié en l'espèce.

71

As the Court of Appeal concluded, the agencies that apply the *AIAOD* seem to have only the power to award compensation. Section 349 *AIAOD* describes the jurisdiction of the CSST (and the CALP) as follows:

Les pouvoirs des organismes appliquant la *LATMP* semblent se limiter à la réparation de nature compensatoire, comme l'a d'ailleurs conclu la Cour d'appel. L'article 349 *LATMP* énonce la compétence de la CSST (et également de la CALP) dans les termes suivants:

349. The Commission has exclusive jurisdiction to decide any matter or question contemplated in this Act

349. La Commission a compétence exclusive pour décider d'une affaire ou d'une question visée dans la pré-

unless a special provision gives the jurisdiction to another person or agency. [Emphasis added.]

Since the *AIAOD* provides only for compensation for injuries suffered in the workplace (see s. 1 *AIAOD*), the agencies applying that statute would not have jurisdiction to order the payment of exemplary damages.

The labour commissioner has jurisdiction over harassment in the workplace when a worker with at least three years of uninterrupted service in the same enterprise leaves his or her employment or is dismissed. The worker can then file a complaint under s. 124 of the *Act respecting labour standards* and the commissioner can, under s. 128, para. 1(3) of that Act, render "any other decision he believes fair and reasonable". This power has been interpreted as authorizing an award of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* (see *Joannette et Pièces d'auto Richard Ltée*, [1993] C.T. 398).

I note that, according to s. 124 of the *Act respecting labour standards*, the commissioner's powers are subsidiary in that he has jurisdiction "except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this Act, in another Act or in an agreement". Recourse to the grievance procedure under a collective agreement will thus preclude the labour commissioner from exercising his or her powers (see *Girard v. Produits de viande Cacher Glatt Ltée*, [1986] T.A. 304, and *Clarke et Université Concordia*, D.T.E. 87T-765 (Arb. Trib.)). As well, it appears that the commissioner loses jurisdiction where a complaint is made to the Commission des droits de la personne of Quebec ("CDPQ") and then submitted to the Human Rights Tribunal.

The Human Rights Tribunal has jurisdiction under ss. 80 and 111 of the *Charter* over any application submitted to it by the CDPQ for ratification of the remedies initially recommended to the parties by the CDPQ under s. 79, which authorizes the CDPQ to propose to the parties "any measure of

sente loi, à moins qu'une disposition particulière ne donne compétence à une autre personne ou à un autre organisme. [Je souligne.]

Or, étant donné que la *LATMP* ne prévoit que la compensation du préjudice subi au travail (voir l'art. 1 *LATMP*), les organismes appliquant cette loi n'auraient pas compétence pour ordonner le paiement de dommages exemplaires.

Quant au Commissaire du travail, il a compétence en matière de harcèlement au travail lorsqu'un travailleur ayant trois ans ou plus de service continu dans une même entreprise quitte son emploi ou fait l'objet d'un congédiement. Le travailleur peut alors porter plainte en vertu de l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail* et le Commissaire aura le pouvoir, aux termes de l'art. 128, al. 1(3) de cette loi, de rendre «toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable». Ce pouvoir a été interprété comme permettant d'accorder des dommages exemplaires aux termes du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* (voir *Joannette et Pièces d'auto Richard Ltée*, [1993] C.T. 398).

Je souligne que, selon le texte de l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, les pouvoirs du Commissaire sont subsidiaires en ce sens qu'il a compétence «sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention». Ainsi, le recours à la procédure de grief en vertu d'une convention collective fera obstacle aux pouvoirs du Commissaire du travail (voir *Girard c. Produits de viande Cacher Glatt Ltée*, [1986] T.A. 304, et *Clarke et Université Concordia*, D.T.E. 87T-765 (T.A.)). De même, il appert qu'une plainte formulée à la Commission des droits de la personne du Québec («CDPQ») menant à la saisine du Tribunal des droits de la personne privera le Commissaire de sa compétence.

Au niveau du Tribunal des droits de la personne, celui-ci a compétence, en vertu des art. 80 et 111 de la *Charte*, sur toute demande que lui présente la CDPQ pour obtenir la sanction des mesures de redressement qu'elle a initialement recommandées aux parties en vertu de l'art. 79. Cette dernière dis-

72

73

74

redress, such as the admission of the violation of a right, the cessation of the act complained of, the performance of any act or the payment of compensation or exemplary damages" (emphasis added). Thus, when the CDPQ proposes an award of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* and applies to the Human Rights Tribunal for ratification of its recommendation, the latter can order the payment of such damages.

position autorise la CDPQ à proposer aux parties «toute mesure de redressement, notamment l'admission de la violation d'un droit, la cessation de l'acte reproché, l'accomplissement d'un acte, le paiement d'une indemnité ou de dommages exemplaires» (je souligne). Ainsi, lorsque la CDPQ propose l'octroi de dommages exemplaires aux termes du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* et qu'elle s'adresse au Tribunal des droits de la personne pour obtenir la sanction de cette recommandation, celui-ci a le pouvoir d'en ordonner le paiement.

75 I note in passing that the Human Rights Tribunal's jurisdiction to hear and dispose of complaints concerning the violation of *Charter* rights does not mean that the courts have no jurisdiction in this regard. There is no express provision in the *Charter* excluding the jurisdiction of the ordinary courts. Although this type of express provision is found in human rights statutes in a number of common law provinces, in Quebec s. 76(3) of the *Charter*, which concerns the prescription of civil actions, and s. 77, para. 1(2), which authorizes the CDPQ to refuse or cease to act, implicitly provide that individuals may bring an action in the ordinary courts for interference with one of their *Charter* rights. These provisions refer to situations in which "the victim or the complainant has, on the basis of the same facts, personally pursued one of the remedies provided for in sections 49 and 80".

Je remarque, en passant, que la compétence du Tribunal des droits de la personne pour entendre et disposer des plaintes relatives à la violation de droits garantis par la *Charte* ne fait pas obstacle à celle des cours de justice en la matière. De fait, aucune disposition expresse de la *Charte* ne vient écarter la juridiction des tribunaux de droit commun; les lois sur les droits de la personne de plusieurs provinces de common law prévoient ce genre de disposition expresse. Au contraire, au Québec, le par. 76(3) de la *Charte*, relatif à la prescription des recours civils, de même que l'art. 77, al. 1(2), permettant à la CDPQ de refuser ou de cesser d'agir, prévoient implicitement qu'une personne ayant subi une atteinte à un droit garanti par la *Charte* peut intenter une action devant les tribunaux de droit commun. Ces dispositions réfèrent en effet aux situations où «la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, l'un des recours prévus aux articles 49 et 80».

76 This being said, where harassment in the workplace is concerned the jurisdiction of the labour commissioner and the Human Rights Tribunal to order an employer to pay exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* is significantly limited by the powers of grievance arbitrators.

Ceci dit, en matière de harcèlement au travail, la compétence du Commissaire du travail ainsi que celle du Tribunal des droits de la personne pour ordonner le paiement de dommages exemplaires par l'employeur, en vertu du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, sont considérablement limitées par les pouvoirs de l'arbitre de griefs.

77 In the instant case, the jurisdiction of arbitrators to award exemplary damages for harassment in the workplace was the subject of a cross-appeal by the respondents, who relied on essentially the same arguments they had made on the motion for declaratory exception at trial. This Court must there-

La compétence des arbitres en matière de dommages exemplaires par suite de harcèlement au travail a fait ici l'objet d'un appel incident de la part des intimées, qui reprend en substance les arguments avancés lors de la requête pour exception déclaratoire présentée en première instance. Nous

fore determine whether the grievance arbitrator has jurisdiction in the case at bar. As a preliminary matter, the legislative and judicial context of the jurisdiction of arbitrators in general should be briefly examined.

Section 100 of the *Labour Code* provides that “[e]very grievance shall be submitted to arbitration”; the term “grievance” is defined in s. 1(f) as “any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement”. First of all, since grievance arbitrators derive their jurisdiction from a collective agreement, that is, an agreement between an employer and a union, their orders are enforceable only against the employer, which is a party to the agreement. Thus, even if arbitrators have the power to award exemplary damages for harassment in the workplace, they can order only the employer — personally or under art. 1054 *C.C.L.C.* (now art. 1463 *C.C.Q.*) — to pay such damages, and not a co-worker who engaged in the harassment. Other adjudicators, as mentioned above, have jurisdiction over the latter.

Moreover, the courts have consistently held that grievance arbitrators have exclusive jurisdiction where the issue and the remedy sought come within their jurisdiction under a collective agreement or statute: see *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 181; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; and *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298.

Finally, it is also established that the power of an administrative body such as a grievance arbitrator to apply the law extends to charters and that an arbitrator can also award charter remedies provided that he or she has jurisdiction over the parties, the subject matter of the dispute and the order sought. In *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, McLachlin J., speaking for the major-

sommes donc appelés à déterminer si l’arbitre de griefs est compétent en l’espèce. Préliminairement, il y a lieu d’examiner brièvement le contexte législatif et jurisprudentiel relatif à la compétence des arbitres en général.

L’article 100 du *Code du travail* prévoit que «[t]out grief doit être soumis à l’arbitrage»; le terme «grief» est défini à l’al. 1f) comme «toute mésentente relative à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective». Tout d’abord, étant donné que la compétence des arbitres de griefs découle de la convention collective, c’est-à-dire d’une entente entre l’employeur et le syndicat, les ordonnances d’un arbitre ne peuvent être opposables qu’à l’employeur, partie à la convention. Ainsi, même si l’arbitre a le pouvoir d’octroyer des dommages exemplaires en matière de harcèlement au travail, celui-ci ne pourrait condamner que l’employeur — personnellement ou en vertu de l’art. 1054 *C.c.B.C.* (maintenant l’art. 1463 *C.c.Q.*) — et non un cotravailleur auteur du harcèlement. En ce qui concerne ce dernier, il existe d’autres adjudicateurs compétents que j’ai déjà mentionnés.

D’autre part, il est de jurisprudence constante que la juridiction de l’arbitre de griefs est exclusive lorsque la question en litige ainsi que le redressement recherché relèvent de sa compétence en vertu de la convention collective ou de la loi: voir *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; *Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 181; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; et *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298.

Enfin, il est également établi que le pouvoir d’un organisme administratif, tel un arbitre de griefs, d’appliquer le droit s’étend aux chartes et il peut, par ailleurs, octroyer des redressements fondés sur celles-ci en autant qu’il soit compétent à l’égard des parties, de l’objet du litige et de l’ordonnance demandée. Récemment, dans l’arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929,

78

79

80

ity of the Court, recently summarized this principle as follows (at p. 963):

I conclude that mandatory arbitration clauses such as s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act* generally confer exclusive jurisdiction on labour tribunals to deal with all disputes between the parties arising from the collective agreement. The question in each case is whether the dispute, viewed with an eye to its essential character, arises from the collective agreement. This extends to *Charter* remedies, provided that the legislation empowers the arbitrator to hear the dispute and grant the remedies claimed. The exclusive jurisdiction of the arbitrator is subject to the residual discretionary power of courts of inherent jurisdiction to grant remedies not possessed by the statutory tribunal. [Emphasis added.]

See also *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *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; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; and *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75.

81

In the case at bar, there is no doubt that the grievance arbitrator has jurisdiction over the appellant Béliveau St-Jacques (the worker) and the respondents the Confederation of National Trade Unions and, to the extent the collective agreement is binding on it, the Fédération des employées et employés de services publics inc. (her employers) under the collective agreement. It remains to be determined, first, whether the arbitrator has jurisdiction over the subject matter of the dispute, that is, whether the collective agreement deals with questions of workplace harassment, and second, whether the arbitrator has the power to order the remedy claimed, namely exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. If so, the grievance arbitrator's jurisdiction will prevent the ordinary courts and other agencies that would otherwise have jurisdiction from exercising their powers.

madame le juge McLachlin a résumé ainsi le principe, au nom de la majorité de la Cour (à la p. 963):

Je suis d'avis que les clauses d'arbitrage obligatoire comme le par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario confèrent en général une compétence exclusive aux tribunaux du travail pour entendre tous les litiges qui résultent de la convention collective. Dans chaque cas, il s'agit de déterminer si le litige, considéré dans son essence, résulte de la convention collective. Cela vaut pour les réparations fondées sur la *Charte*, pour autant que la loi habilite l'arbitre à entendre le litige et à accorder les réparations demandées. La compétence exclusive de l'arbitre est assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel des tribunaux de compétence inhérente d'accorder des réparations que le tribunal de création législative ne peut accorder. [Je souligne.]

Voir également *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *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; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; et *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75.

Dans le cas qui nous intéresse, il n'y a aucun doute que l'arbitre de griefs aurait compétence, en vertu de la convention collective, à l'égard de l'appelante Béliveau St-Jacques (le travailleur) et des intimées Confédération des syndicats nationaux et, dans la mesure où la convention collective la lie, Fédération des employées et employés de services publics inc. (ses employeurs). Il reste à déterminer, d'une part, si l'arbitre a compétence sur l'objet du litige, c'est-à-dire si la convention collective prévoit les questions de harcèlement au travail et, d'autre part, si l'arbitre a le pouvoir d'ordonner le redressement recherché, soit les dommages exemplaires aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Le cas échéant, la compétence de l'arbitre de griefs fera obstacle au pouvoir des tribunaux de droit commun et des autres organismes qui autrement seraient compétents.

The main question that arises with respect to the grievance arbitrator's jurisdiction by reason of the subject matter is whether there must be a specific provision in the agreement authorizing the arbitrator to deal with a grievance related to harassment in the workplace or whether a general provision authorizing the arbitrator to dispose of disputes about working conditions is sufficient. It is clear that if the collective agreement specifically authorizes the arbitrator to deal with a harassment grievance or incorporates ss. 10 and 10.1 of the *Charter*, there is no need to even ask whether the arbitrator has jurisdiction: the terms of the agreement would leave no room for doubt. However, according to R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge in *Droit du travail* (2nd ed. 1991), in cases where the wording is less specific, the content of a collective agreement must be interpreted in a large and liberal fashion (at p. 525):

[TRANSLATION] In short, the working condition concept must reflect the collective and individual nature of the rights arising from the collective agreement and the bargaining system established by the labour law in force in Quebec. This expansive concept corresponds to that found in the most recent cases. The agreement, which encompasses the most varied aspects of relations between the employer, the union and workers, has truly become a "workplace charter". There are hardly any limits to this diversity and flexibility other than public order and the mandatory provisions of certain statutes. [Emphasis added.]

In *Schokbéton Québec Inc. et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 15398*, [1984] T.A. 176, the arbitrator found that he had jurisdiction even though the agreement contained no specific provisions dealing with harassment (at p. 177):

[TRANSLATION] If the tribunal declares that it does not have jurisdiction to rule on such a grievance, that would mean employees' rights under the collective agreement could be violated with impunity using indirect methods. Such a conclusion would be unacceptable. The purpose of arbitration is to resolve disputes that arise from the parties' relations under the collective agreement so as to allow those relations to continue without the parties having to deal with incessant conflicts or disputes.

La principale question quant à la compétence *ratione materiae* de l'arbitre de griefs consiste à savoir si une disposition spécifique dans la convention est nécessaire pour l'autoriser à se saisir d'un grief en matière de harcèlement au travail ou si une disposition générale autorisant l'arbitre à disposer des conflits relatifs aux conditions de travail suffit. Il est évident que si la convention collective autorise spécifiquement l'arbitre à se saisir d'un grief relatif au harcèlement ou incorpore les art. 10 et 10.1 de la *Charte*, il n'y a même pas lieu de s'interroger sur sa compétence; les termes de la convention ne donneraient lieu à aucune ambiguïté. En l'absence de formules aussi précises, toutefois, selon R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, dans *Droit du travail* (2^e éd. 1991), le contenu d'une convention collective doit s'interpréter de façon large et libérale (à la p. 525):

En somme, la notion de condition de travail doit refléter le caractère à la fois collectif et individuel des droits découlant de la convention collective et du système de négociation établi par le droit du travail en vigueur au Québec. Cette conception extensible correspond à celle de la jurisprudence la plus récente. Englobant les aspects les plus variés des relations entre l'employeur, le syndicat et les salariés, la convention est devenue vraiment la «charte d'un milieu de travail». Cette diversité et cette flexibilité ne connaissent guère d'autre limite que celle de l'ordre public et des dispositions impératives de certaines lois. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Schokbéton Québec Inc. et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 15398*, [1984] T.A. 176, l'arbitre se déclarait compétent même s'il n'y avait aucune disposition spécifique relative au harcèlement dans la convention (à la p. 177):

Si le tribunal déclare qu'il n'a pas la compétence de se prononcer sur un tel grief, cela équivaut à accepter que les droits dont bénéficient les employés en vertu de la convention collective soient impunément violés par des moyens détournés. Une telle conclusion serait intenable. L'objet de l'arbitrage consiste à trancher les différends qui surgissent des rapports qui existent entre les parties en vertu de la convention collective de façon à permettre aux parties de poursuivre leur relation sans avoir à faire face à d'incessants conflits ou différends.

For these reasons, the tribunal therefore concludes that in the absence of specific provisions on this matter in a collective agreement, it has jurisdiction to decide the grievance of an employee who claims to have been harassed, because such a question goes to the very heart of the rights of employees that the collective agreement was designed to protect. [Emphasis added.]

Arbitrators thereafter relied on the introductory or general clauses of collective agreements to find that they had jurisdiction over harassment in the workplace: see *Centre d'accueil du Haut St-Laurent et Fédération des affaires sociales*, [1985] T.A. 432, and *Syndicat des employées et employés de la Commission des droits de la personne du Québec et Commission des droits de la personne du Québec*, D.T.E. 94T-1166 (Arb. Trib.).

Ce sont donc ces raisons qui incitent le tribunal à conclure qu'en l'absence de dispositions spécifiques dans une convention collective faisant état de ce point, il possède la compétence de trancher le grief d'un employé qui se dit victime de harcèlement car une telle question touche à l'essence même des droits des employés que la convention collective a été conçue pour protéger. [Je souligne.]

Par la suite, les arbitres se sont appuyés sur les clauses introductives ou générales des conventions collectives pour en tirer leur compétence en matière de harcèlement au travail: voir *Centre d'accueil du Haut St-Laurent et Fédération des affaires sociales*, [1985] T.A. 432, et *Syndicat des employées et employés de la Commission des droits de la personne du Québec et Commission des droits de la personne du Québec*, D.T.E. 94T-1166 (T.A.).

84 I agree with this reasoning and will apply it to the collective agreement in question here. Article 10 of the collective agreement between the employer and the appellant's union provides as follows:

[TRANSLATION] In the case of grievances, conflicts or disagreements concerning the employees' working conditions, other than disciplinary measures, the employer and the union agree to comply with the following procedure. [Emphasis added.]

Je souscris à ce raisonnement et je l'applique à la convention collective ici en cause. L'article 10 de la convention collective entre l'employeur et le syndicat auquel appartient l'appelante prévoit ceci:

Dans les cas de griefs, désaccords ou mécontentes concernant les conditions de travail des salariés autres que les mesures disciplinaires, l'employeur et le syndicat conviennent de se conformer à la procédure suivante. [Je souligne.]

85 Interpreting this provision in a manner that seems to me to reflect the parties' intention to make the arbitrator responsible for resolving all disputes that might arise between the employer and the workers during the term of the collective agreement, I consider that the above term "working conditions" is sufficiently broad to encompass harassment in the workplace. In view of this provision, I am of the opinion that the arbitrator has jurisdiction to hear and dispose of disputes in this regard. My opinion therefore differs from that of the majority of the Court of Appeal on this point, and I conclude that the grievance arbitrator has jurisdiction to hear complaints concerning harassment in the workplace under the general provision in the collective agreement in question here that authorizes the arbitrator to dispose of disputes about working conditions.

Adoptant une interprétation qui me semble refléter l'intention des parties de confier à l'arbitre le règlement de tous les conflits qui pourraient surgir entre l'employeur et les travailleurs pendant la durée de la convention collective, j'estime que l'expression «conditions de travail» ci-dessus est suffisamment large pour inclure le harcèlement au travail. Face à ce texte, je suis d'avis que l'arbitre a compétence pour entendre et disposer des litiges en la matière. Je diffère donc d'opinion avec la majorité de la Cour d'appel sur cette question et je conclus que l'arbitre de griefs est compétent pour entendre les plaintes concernant le harcèlement au travail en vertu de la disposition générale de la convention collective ici en question lui permettant de disposer des conflits relatifs aux conditions de travail.

I would add that the fact that a union refuses to take a grievance to arbitration, as alleged by the appellant in the instant case, has no impact on the arbitrator's jurisdiction by reason of the subject matter. If a worker is wronged by his or her union in terms of being fairly represented, the appropriate procedure, which is set out in ss. 47.2 *et seq.* of the *Labour Code*, does not allow proceedings to be brought in the ordinary courts except, of course, by way of extraordinary remedies, where appropriate.

The second question that remains to be determined is whether the arbitrator has the power to order the payment of exemplary damages under the *Charter* where the employer has acted in an "unlawful and intentional" manner. In my view, this exemplary remedy is within a grievance arbitrator's jurisdiction (see L. Chamberland, "Qui de l'arbitre de griefs ou des tribunaux civils est compétent en matière de réclamations monétaires?" (1992), 52 *R. du B.* 167, at p. 173).

Section 100.12(a) of the *Labour Code* provides that the arbitrator may "interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance" (emphasis added). Since the Quebec *Charter* is undeniably an "Act" within the meaning of that section, the *Charter's* provisions, including the exemplary remedy in question here, may be interpreted and applied by a grievance arbitrator (see *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, *supra*).

Thus, in the case at bar the grievance arbitrator not only has jurisdiction over the parties (worker/employer) and the object of the dispute (harassment in the workplace) under the collective agreement, but also, according to earlier judgments and in this case the *Labour Code*, has the power to order the remedy claimed (see *Weber v. Ontario Hydro*, *supra*). Moreover, this jurisdiction, which is exclusive, means that no action in the ordinary courts is possible in the instant case.

J'ajouterais que le fait qu'un syndicat refuse de porter le grief à l'arbitrage, comme l'allègue ici l'appelante, n'a aucune incidence sur la compétence *ratione materiae* de l'arbitre. Si un travailleur est lésé par son syndicat quant à sa juste représentation, la procédure appropriée est prévue aux art. 47.2 et suiv. du *Code du travail* et n'autorise pas à intenter une poursuite à cet égard devant les tribunaux de droit commun, si ce n'est, évidemment, par voie de recours extraordinaires, le cas échéant.

Dans un deuxième temps, il s'agit de voir si l'arbitre a le pouvoir d'ordonner le paiement de dommages exemplaires en vertu de la *Charte* lorsque l'employeur a agi de façon «illicite et intentionnelle». J'estime que ce redressement de nature exemplaire est de la compétence d'un arbitre de griefs (voir L. Chamberland, «Qui de l'arbitre de griefs ou des tribunaux civils est compétent en matière de réclamations monétaires?» (1992), 52 *R. du B.* 167, à la p. 173).

En effet, l'al. 100.12a) du *Code du travail* stipule que l'arbitre peut «interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief» (je souligne). La *Charte* québécoise étant incontestablement une «loi» au sens de cet article, les dispositions de la *Charte*, y compris le redressement de nature exemplaire dont il est ici question, peuvent être interprétées et appliquées par un arbitre de griefs (voir *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, précité).

Ainsi, en l'espèce, l'arbitre de griefs a non seulement compétence à l'égard des parties (travailleur/employeur) et de l'objet du litige (harcèlement au travail) aux termes de la convention collective, mais il possède également, selon la jurisprudence et, ici, en vertu du *Code du travail*, le pouvoir d'ordonner le redressement recherché (voir *Weber c. Ontario Hydro*, précité). Par ailleurs, cette compétence, qui est exclusive, fait ici obstacle à un recours devant les tribunaux de droit commun.

86

87

88

89

VII. Conclusion

90

The appellant in the case at bar instituted an action in the Superior Court seeking both compensatory and exemplary remedies for harassment that she claimed to have suffered in the workplace. The respondents' first motion to dismiss, which alleged that the Superior Court lacked jurisdiction because of the civil immunity clause in the *AIAOD*, is justified only in part. This is because, while s. 438 *AIAOD* precludes any compensatory remedy under either the general law or the first paragraph of s. 49 of the *Charter*, it does not apply to the exemplary remedy under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. In addition, the motion for declinatory exception alleging the Superior Court's lack of jurisdiction *ratione materiae*, on the ground that only the grievance arbitrator has such jurisdiction under the collective agreement, is also justified. It should therefore be granted.

91

For these reasons, I would dismiss the main appeal, allow the cross-appeal, reverse the Court of Appeal's judgment and dismiss the appellant's action in the Superior Court, while preserving her remedies before the grievance arbitrator or any other remedies that might be available to her for the harassment she claims to have suffered in the workplace, the whole without costs.

English version of the judgment of Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. delivered by

92

GONTHIER J. — This case involves two important legislative schemes, the main thrusts of which come into conflict here. This Court must determine whether the victim of an industrial accident who has received compensation under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 ("*AIAOD*"), may in addition bring a civil liability action based on the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

VII. Conclusion

L'appelante en l'instance a intenté une action devant la Cour supérieure demandant des mesures de redressement, tant de nature compensatoire que de nature exemplaire, pour le harcèlement qu'elle allègue avoir subi au travail. La première requête en irrecevabilité présentée par les intimées, soulevant l'absence de compétence de la Cour supérieure en raison de la clause d'immunité civile prévue à la *LATMP*, n'est bien fondée qu'en partie. En effet, bien que l'art. 438 *LATMP* fasse obstacle à la réparation de nature compensatoire basée soit sur le droit commun soit sur l'alinéa premier de l'art. 49 de la *Charte*, il ne vise aucunement le redressement de nature exemplaire aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. D'autre part, est aussi bien fondée la requête pour exception declinatoire invoquant l'absence de compétence *ratione materiae* de la Cour supérieure au motif que cette compétence relève exclusivement de l'arbitre de griefs en vertu de la convention collective. Il y a donc lieu d'y faire droit.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel principal, d'accueillir l'appel incident, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter l'action de l'appelante devant la Cour supérieure, tout en lui réservant ses recours devant l'arbitre de griefs ou tout autre recours qui pourrait lui être ouvert en raison du harcèlement qu'elle allègue avoir subi au travail, le tout sans frais.

Le jugement des juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Cette affaire met en cause deux ensembles législatifs d'importance, dont les orientations majeures viennent ici en conflit. Notre Cour doit en effet déterminer si la victime d'un accident du travail ayant reçu compensation en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 («*LATMP*») peut, en plus, exercer un recours en responsabilité civile fondé sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

I — Facts

The appellant, who began working for the Confederation of National Trade Unions in 1978, became a part-time secretary for that organization in 1982. In 1986, pursuant to an agreement between her employer and the Fédération des employées et employés de services publics inc. ("FEESP"), the appellant began working jointly for the two labour organizations on a full-time basis. On August 19, 1988 the appellant instituted an action in the Superior Court alleging that she had been the victim of harassment in the workplace and sexual harassment by Pierre Gendron, one of her supervisors, who was employed by the FEESP. Her civil liability action was brought against both the alleged harasser and her employer, the Confederation of National Trade Unions, which she alleged had done nothing to create a harassment-free work environment. Her action was also brought against the FEESP: she alleged that as Pierre Gendron's employer it had failed to prevent the injurious conduct and that it had, without good reason, terminated its agreement with the Confederation of National Trade Unions respecting the appellant's employment. Finally, the appellant sued her union, the Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Confédération des syndicats nationaux (CSN), which she alleged had not protected her interests and had even done everything it could to discredit her in her dispute with Pierre Gendron. Accordingly, the appellant asked that the respondents and the *mis en cause* be ordered jointly and severally to pay the sum of \$175,000 to compensate her for prejudice that she itemized as follows:

- | | |
|--|----------|
| (1) Moral damage resulting from sexual harassment: | \$25,000 |
| (2) Moral damage resulting from harassment in the workplace: | \$25,000 |
| (3) Loss of health and psychological prejudice: | \$50,000 |
| (4) Inability to return to work: | \$50,000 |
| (5) Exemplary damages: | \$25,000 |

On March 17, 1989, the Confederation of National Trade Unions and the FEESP brought a

I — Les faits

L'appelante, qui est entrée au service de la Confédération des syndicats nationaux en 1978, y occupe à compter de 1982 un poste de secrétaire à temps partiel. En 1986, en application d'une entente signée entre son employeur et la Fédération des employées et employés de services publics inc. («FEESP»), l'appelante passe au service conjoint des deux organismes syndicaux, travaillant dorénavant à temps plein. Alléguant avoir été victime de harcèlement au travail et de harcèlement sexuel de la part de Pierre Gendron, un de ses supérieurs employé par la FEESP, l'appelante intente le 19 août 1988 une action en Cour supérieure. Elle recherche en responsabilité civile l'auteur présumé du harcèlement, mais également son employeur, la Confédération des syndicats nationaux, qui n'aurait rien fait pour créer un climat de travail dénué de toute forme de harcèlement. Elle vise encore par son action la FEESP, qui, en tant qu'employeur de Pierre Gendron, aurait fait défaut de prévenir les comportements préjudiciables, et qui aurait mis fin sans motif sérieux à l'entente conclue avec la Confédération des syndicats nationaux quant à l'emploi de l'appelante. Enfin, l'appelante poursuit son syndicat, le Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Confédération des syndicats nationaux (CSN), qui n'aurait pas veillé à sauvegarder ses intérêts et aurait même tout fait pour lui nuire dans ses démêlés avec Pierre Gendron. En conséquence, l'appelante exige que les intimées et mis en cause soient condamnés conjointement et solidairement au paiement de la somme de 175 000 \$, afin de compenser un préjudice détaillé comme suit:

- | | |
|--|-----------|
| (1) Dommages moraux consécutifs au harcèlement sexuel: | 25 000 \$ |
| (2) Dommages moraux consécutifs au harcèlement au travail: | 25 000 \$ |
| (3) Perte de santé et préjudice psychologique: | 50 000 \$ |
| (4) Incapacité de retourner au travail: | 50 000 \$ |
| (5) Dommages exemplaires: | 25 000 \$ |

Le 17 mars 1989, la Confédération des syndicats nationaux ainsi que la FEESP présentent une

motion alleging lack of jurisdiction and lack of a remedy, relying, *inter alia*, on the fact that the appellant had obtained compensation from the competent industrial accident authorities. The appellant had in fact filed a claim with the Commission de la santé et de la sécurité du travail ("CSST") in January 1988, alleging that she had suffered an employment injury within the meaning of s. 2 AIAOD as a result of the same events. The claim for compensation was dismissed on February 10, 1988, but on February 9, 1989, the Bureau de révision paritaire allowed the appellant's appeal and granted the claim. It was in these circumstances that the respondents brought their motion to dismiss, waiving their right to appeal the Bureau de révision paritaire's decision and arguing that the effect of s. 438 AIAOD and art. 1056a C.C.L.C. was to deprive the Superior Court of jurisdiction in respect of the appellant's civil liability action. The respondents also maintained that the Superior Court lacked jurisdiction *ratione materiae*, which was reserved to the arbitration tribunal under the collective agreement. Savoie J. dismissed the motion on April 17, 1989, but his decision was appealed.

95 The financial compensation to which the appellant was entitled was subsequently established in detail by the CSST. The appellant was awarded an income replacement indemnity for the periods from February 9, 1987, to March 13, 1989, and from July 23, 1990, to July 22, 1991. She also received compensation for bodily injury of \$7,268.94, an amount established on the basis of a permanent impairment percentage of 18 percent. The CSST found that she had sustained an anatomicophysiological deficit of 15 percent and suffering and loss of enjoyment of life resulting from that deficit of 3 percent. Finally, the appellant was also found to be entitled to rehabilitation.

96 On January 10, 1991, the Court of Appeal, in a majority decision, dismissed the appeal from Savoie J.'s decision. On March 8, 1991, the respondents filed an application for leave to appeal to this Court, which was granted on June 20, 1991, [1991] 1 S.C.R. viii. The respondents discontinued

requête pour cause d'incompétence et d'absence de recours, s'appuyant notamment sur le fait que l'appelante avait obtenu compensation des instances compétentes en matière d'accidents du travail. L'appelante avait en effet saisi en janvier 1988 la Commission de la santé et de la sécurité du travail («CSST»), alléguant avoir subi, en raison des mêmes événements, une lésion professionnelle au sens de l'art. 2 LATMP. La demande d'indemnisation fut rejetée le 10 février 1988 mais le 9 février 1989, le Bureau de révision paritaire y fit droit, accueillant ainsi l'appel formé par l'appelante. C'est en ces circonstances que les intimées présentent leur requête en irrecevabilité, renonçant à leur droit d'appel de la décision du Bureau de révision paritaire et arguant que l'art. 438 LATMP et l'art. 1056a C.c.B.C. ont pour effet de faire perdre compétence à la Cour supérieure quant à l'action en responsabilité civile intentée par l'appelante. Les intimées prétendent également que la Cour supérieure n'a pas compétence *ratione materiae*, qui était réservée, en vertu de la convention collective, au tribunal d'arbitrage. Le 17 avril 1989, le juge Savoie refuse d'accéder à cette requête, mais sa décision est portée en appel.

Par la suite, la compensation financière à laquelle l'appelante a droit est établie en détail par la CSST. L'appelante se voit ainsi octroyer une indemnité de remplacement du revenu pour les périodes s'étendant du 9 février 1987 au 13 mars 1989 et du 23 juillet 1990 au 22 juillet 1991. Elle reçoit en outre une indemnité pour dommages corporels de 7 268,94 \$, somme établie sur la base d'un pourcentage d'atteinte permanente de 18 pour 100. La CSST conclut en effet qu'elle a souffert d'un déficit anatomo-physiologique de 15 pour 100, et de douleurs et pertes de jouissance de la vie pour le déficit anatomo-physiologique de 3 pour 100. Enfin, l'appelante se voit reconnaître également le droit à la réadaptation.

Le 10 janvier 1991, la Cour d'appel rejette à la majorité le pourvoi formé à l'encontre de la décision du juge Savoie. Le 8 mars 1991, les intimées déposent devant notre Cour une demande d'autorisation de pourvoi qui, le 20 juin 1991, est accordée, [1991] 1 R.C.S. viii. Les intimées se désistent

their appeal in June 1992, however, which prompted the appellant to file a motion to continue the appeal on July 15, 1992. On June 2, 1994, this Court granted the motion, treating it as an application for leave to appeal, which explains why Louise Béliveau St-Jacques is an appellant in this Court.

II — Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are as follows:

Sections 2, 83, 438 and 442 *AIAOD*:

2. . . .

“**employment injury**” means an injury or a disease arising out of or in the course of an industrial accident, or an occupational disease, including a recurrence, relapse or aggravation;

. . . .

“**industrial accident**” means a sudden and unforeseen event, attributable to any cause, which happens to a person, arising out of or in the course of his work and resulting in an employment injury to him;

“**occupational disease**” means a disease contracted out of or in the course of work and characteristic of that work or directly related to the risks peculiar to that work;

83. A worker who suffers an employment injury and who sustains permanent physical or mental impairment is entitled, in respect of each industrial accident or occupational disease for which he files a claim with the Commission, to compensation for bodily injury which takes into account the anatomicophysiological deficit and disfigurement resulting from the impairment and the suffering or loss of enjoyment of life resulting from the deficit or disfigurement.

438. No worker who has suffered an employment injury may institute a civil liability action against his employer by reason of his employment injury.

442. No beneficiary may bring a civil liability action, by reason of an employment injury, against a worker or a mandatary of an employer governed by this Act for a fault committed in the performance of his duties, except in the case of a health professional responsible for an employment injury contemplated in section 31.

cependant de leur appel en juin 1992, ce qui incite l'appelante à déposer le 15 juillet 1992 une requête en continuation de pourvoi. Le 2 juin 1994, notre Cour, abordant cette requête comme une demande d'autorisation de pourvoi, y accède, ce qui explique la qualité d'appelante que Louise Béliveau St-Jacques possède devant nous.

II — Les dispositions législatives

Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

Les articles 2, 83, 438 et 442 *LATMP*:

2. . . .

«**accident du travail**»: un événement imprévu et soudain attribuable à toute cause, survenant à une personne par le fait ou à l'occasion de son travail et qui entraîne pour elle une lésion professionnelle;

. . . .

«**lésion professionnelle**»: une blessure ou une maladie qui survient par le fait ou à l'occasion d'un accident du travail, ou une maladie professionnelle, y compris la récurrence, la rechute ou l'aggravation;

«**maladie professionnelle**»: une maladie contractée par le fait ou à l'occasion du travail et qui est caractéristique de ce travail ou reliée directement aux risques particuliers de ce travail;

83. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle qui subit une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique a droit, pour chaque accident du travail ou maladie professionnelle pour lequel il réclame à la Commission, à une indemnité pour dommages corporels qui tient compte du déficit anatomo-physiologique et du préjudice esthétique qui résultent de cette atteinte et des douleurs et de la perte de jouissance de la vie qui résultent de ce déficit ou de ce préjudice.

438. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut tenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion.

442. Un bénéficiaire ne peut tenter une action en responsabilité civile, en raison de sa lésion professionnelle, contre un travailleur ou un mandataire d'un employeur assujéti à la présente loi pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions, sauf s'il s'agit d'un professionnel de la santé responsable d'une lésion professionnelle visée dans l'article 31.

Where the employer is a legal person, the administrator of the corporation is deemed to be a mandatary of the employer.

Article 1056a of the *Civil Code of Lower Canada*:

1056a. No recourse provided for under this chapter shall lie, in the case of an employment injury within the meaning of the Act respecting industrial accidents and occupational diseases (R.S.Q., c. A-3.001), except to the extent permitted by such Act.

Sections 49, 51 and 52 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*:

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.

51. The Charter shall not be so interpreted as to extend, limit or amend the scope of a provision of law except to the extent provided in section 52.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

III — Judgments of the Courts Below

Superior Court

98 Savoie J. dealt first with the motion by way of declinatory exception, based on the exclusive jurisdiction allegedly conferred on the arbitrator by the collective agreement between the parties. He stated that such a motion must be made *in limine litis* and dismissed it since the respondents had first conducted lengthy examinations for discovery and had not raised this exception until eight months after service of the action. According to Savoie J., this amounted to a waiver of the ability to raise the declinatory exception.

Dans le cas où l'employeur est une personne morale, l'administrateur de la corporation est réputé être un mandataire de cet employeur.

L'article 1056a du *Code civil du Bas Canada*:

1056a. Nul ne peut exercer un recours prévu par ce chapitre s'il s'agit d'une lésion professionnelle au sens de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (L.R.Q., c. A-3.001), sauf dans la mesure où cette loi le permet.

Les articles 49, 51 et 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*:

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.

51. La Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

III — Jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour supérieure

Le juge Savoie dispose d'abord de la requête en exception déclinatoire, fondée sur la compétence exclusive qu'accorderait à l'arbitre la convention collective liant les parties. Affirmant qu'une telle requête doit être présentée *in limine litis*, il la rejette, car les intimées avaient d'abord procédé à de longs interrogatoires au préalable, pour ne soulever cette exception que huit mois après la signification de l'action. Selon le juge Savoie, ceci équivaut à renonciation à la faculté de soulever l'exception déclinatoire.

With respect to the limits imposed by the immunity clauses in the *C.C.L.C.* and the *AIAOD*, Savoie J. was of the view that they related solely to the damages resulting from the employment injury as such. The action based on the *Charter*, which prevails over specific statutes, could thus not be ruled out at once. In Savoie J.'s view, the remedy based on the *Charter* differed from the one provided by the *AIAOD*, even though the moral and exemplary damages available under it would in fact derive from the events that resulted in the employment injury. Savoie J. therefore felt that the motion to dismiss was premature and left it to the trial judge to decide the matter again, if necessary, in light of the evidence.

Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 279

Mailhot J.A.

Mailhot J.A. began by considering the moral prejudice that the appellant claimed to have suffered. She noted that under the *AIAOD* no compensation can be provided for such prejudice since the function of that Act is to compensate for permanent physical or mental impairment. Accordingly, in Mailhot J.A.'s view s. 438 *AIAOD* limits the jurisdiction of the ordinary courts only with respect to prejudice that is within the CSST's statutory jurisdiction, namely material prejudice. Only civil actions against an employer based on an employment injury, as defined in the *AIAOD*, would be barred. In the case at bar, Mailhot J.A. was of the view that the claim based on moral prejudice fell outside this category. Giving a broader scope to s. 438 *AIAOD* would amount to creating an unfair distinction between, for example, a victim of harassment in the workplace who suffers an employment injury within the meaning of the *AIAOD* and one who is subject to harassment elsewhere.

Thus, according to Mailhot J.A., moral prejudice may be compensated either through the remedies provided for in the collective agreement, if there is one and if it provides therefor, or through an action in the ordinary courts. In her view, grievance arbitrators may award moral dam-

Quant aux limites que posent les clauses d'immunité du *C.c.B.C.* et de la *LATMP*, le juge Savoie est d'avis qu'elles ne portent que sur les dommages résultant de la lésion professionnelle proprement dite. Le recours fondé sur la *Charte*, qui a préséance sur les lois particulières, ne saurait ainsi être exclu d'emblée. Le juge Savoie estime en effet que le recours fondé sur la *Charte* se distingue de celui qu'offre la *LATMP*, même si dans les faits, les dommages moraux et exemplaires qu'il permettrait d'obtenir découleraient des événements ayant donné lieu à la lésion professionnelle. Le juge Savoie estime donc prématurée la requête en irrecevabilité, et laisse au juge du fond le soin de décider à nouveau de la question, à la lumière de la preuve, si besoin est.

Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 279

Le juge Mailhot

Le juge Mailhot traite dans un premier temps du préjudice moral qu'allègue avoir subi l'appelante. Elle note qu'il ne peut y avoir compensation pour ce type de préjudice, en vertu de la *LATMP*, car la mission de cette loi est la réparation de l'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique. Aussi, l'art. 438 *LATMP* ne limite, selon le juge Mailhot, la compétence des tribunaux de droit commun qu'à l'égard du préjudice faisant partie de la compétence d'attribution de la CSST, soit le préjudice matériel. Seules seraient prohibées les actions civiles intentées contre l'employeur en raison de la lésion professionnelle, telle que définie à la *LATMP*. En l'espèce, le juge Mailhot est d'avis que la réclamation fondée sur le préjudice moral excède ce cadre. Donner une plus large portée à l'art. 438 *LATMP* reviendrait à créer une distinction injuste entre, par exemple, la victime de harcèlement au travail ayant subi une lésion professionnelle au sens de la *LATMP*, et celle en ayant subi ailleurs.

Ainsi, selon le juge Mailhot, le préjudice moral peut recevoir compensation par la voie des recours prévus à la convention collective s'il en existe une et si celle-ci y pourvoit, ou encore par un recours devant les tribunaux de droit commun. Elle considère en effet que l'arbitre de griefs peut accorder

ages to the extent that this is within their jurisdiction. In the case at bar, however, Mailhot J.A. stated on the basis of extracts from the collective agreement that harassment in the workplace and sexual harassment did not seem to have been placed within the arbitrator's exclusive jurisdiction. She therefore left it to the trial judge to determine the precise scope of the collective agreement.

102 As regards exemplary damages, Mailhot J.A. noted that they cannot be awarded under the *AIAOD*. Moreover, she was of the view that even if the collective agreement had provided for remedial measures for harassment, the wording of the second paragraph of s. 49 of the *Charter* would not have excluded the ordinary courts even in a context of labour relations governed by a collective agreement.

Chevalier J. (*ad hoc*)

103 Chevalier J. distinguished four items in the appellant's claim. The first two, namely loss of health and psychological prejudice, and inability to return to work, cannot be within the Superior Court's jurisdiction owing to s. 438 *AIAOD* and art. 1056a *C.C.L.C.* and the employment injury suffered by the appellant. In Chevalier J.'s view, the same was true of the claim based on moral prejudice. Noting that the Court of Appeal had already established the principle that grievance arbitrators have jurisdiction to award compensation for moral prejudice, he stated that the admissibility of such a claim under the *AIAOD* had thus been recognized.

104 Chevalier J. was of the view, however, that the fourth item in the appellant's claim, dealing with exemplary damages, warranted dismissing the declinatory exception. In his opinion, s. 51 of the *Charter* does not bar the victim of an employment injury from suing for exemplary damages. The second paragraph of s. 49 of the *Charter* neither extends nor limits the scope of the *AIAOD*. Chevalier J. was thus of the view that in enacting s. 438 *AIAOD* the legislature simply wished to avoid making the person who caused the prejudice

des dommages moraux, dans la mesure où il agit dans le cadre de sa compétence. En l'espèce, cependant, en parcourant les extraits de la convention collective, le juge Mailhot affirme que le harcèlement au travail et le harcèlement sexuel ne paraissent pas avoir été prévus comme des matières devant être du ressort exclusif de l'arbitre. Elle laisse donc au juge du fond le soin de déterminer la portée exacte de la convention collective.

Quant aux dommages exemplaires, le juge Mailhot constate qu'ils ne peuvent être octroyés en vertu de la *LATMP*. Elle estime de plus que, si la convention collective avait prévu une mesure réparatrice en matière de harcèlement, le libellé du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* n'aurait pas exclu les tribunaux de droit commun, même dans un contexte de relations de travail régies par une convention collective.

Le juge Chevalier (*ad hoc*)

Le juge Chevalier distingue quatre postes dans la réclamation de l'appelante. Les deux premiers, soit la perte de santé et le préjudice psychologique, ainsi que l'incapacité de retourner au travail, ne peuvent être de la compétence de la Cour supérieure, en raison des art. 438 *LATMP* et 1056a *C.c.B.C.* et de la lésion professionnelle subie par l'appelante. Le juge Chevalier considère que la réclamation fondée sur le préjudice moral doit subir le même sort. Remarquant que la Cour d'appel a établi par le passé le principe de la compétence de l'arbitre de griefs pour compenser le préjudice moral, il affirme qu'en conséquence, la recevabilité d'une telle réclamation en vertu de la *LATMP* s'en trouve reconnue.

Le juge Chevalier considère cependant que le quatrième poste de la réclamation de l'appelante, soit celui qui a trait aux dommages exemplaires, justifie le rejet du moyen déclinatoire. À son avis, l'art. 51 de la *Charte* ne prive pas la victime d'une lésion professionnelle d'un recours en dommages exemplaires. Le second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* n'augmente ni ne restreint la portée de la *LATMP*. Ainsi, le juge Chevalier considère qu'en édictant l'art. 438 *LATMP*, le législateur a voulu simplement éviter que l'auteur du préjudice puisse

answer more than once for the victim's physical or mental impairment. In his view, an action for exemplary damages is altogether different. Finally, as regards the jurisdiction of grievance arbitrators to award exemplary damages, Chevalier J. was in agreement with Mailhot J.A.'s reasons.

McCarthy J.A. (dissenting)

McCarthy J.A. noted that the *AIAOD*, by barring workers from bringing liability actions against their employers, derogates from s. 49 of the *Charter* without expressly stating that it is doing so. He observed, however, that the *AIAOD* was passed after the *Charter* and that s. 52 of the *Charter* mentions only ss. 1 to 38. In his view, it follows that the rule set out in s. 51 of the *Charter*, and not the exception stated in s. 52, must apply. He added that, in any event, s. 49 of the *Charter* provides only that the person guilty of unlawful interference may be condemned to exemplary damages, which would exclude that person's employer or the victim's employer. Thus, assuming that there had indeed been an employment injury in this case, McCarthy J.A. was of the view that Savoie J. should have allowed the motion to dismiss the action on the basis of s. 438 *AIAOD*. This conclusion meant that McCarthy J.A. did not have to rule on the impact of the arbitration provided for in the collective agreement.

IV — Analysis

This appeal requires an examination of the relationship between the remedies provided for in the *Charter* and those under the *AIAOD*. The general nature of the legislative schemes, as well as the wording of s. 49 of the *Charter* and s. 438 *AIAOD*, must be viewed in context in this regard.

Before proceeding further, however, it must be noted that this Court does not have to decide the issue of whether the *AIAOD* applies to sexual harassment and harassment in the workplace. The Bureau de révision paritaire decided on February 9, 1989 that the facts relied on by the appellant constituted an employment injury. On appeal, only

être appelé à répondre plus d'une fois pour la perte de l'intégrité physique ou psychique de la victime. La demande qui recherche en dommages exemplaires est, selon lui, d'un tout autre ordre. Enfin, pour ce qui est de la compétence des arbitres de griefs d'accorder des dommages exemplaires, le juge Chevalier exprime son accord avec les motifs du juge Mailhot.

Le juge McCarthy (dissident)

Le juge McCarthy note qu'en interdisant toute action en responsabilité par le travailleur contre l'employeur, la *LATMP* déroge, sans l'énoncer expressément, à l'art. 49 de la *Charte*. Il constate cependant que la *LATMP* est postérieure à la *Charte* et que l'art. 52 de la *Charte* ne mentionne que les art. 1 à 38. Il s'ensuit, à son avis, que la règle énoncée à l'art. 51 de la *Charte* doit recevoir application, et non l'exception prévue à l'art. 52. Il ajoute qu'à tout événement, l'art. 49 de la *Charte* ne prévoit que la condamnation de l'auteur d'une atteinte illicite à des dommages exemplaires, ce qui ne permettrait pas d'inclure son employeur ou l'employeur de la victime. Ainsi, en prenant pour acquis qu'il y avait bien lésion professionnelle en l'espèce, le juge McCarthy est d'avis qu'en raison de l'art. 438 *LATMP*, le juge Savoie aurait dû accueillir la requête pour rejet d'action. Cette conclusion dispense donc le juge McCarthy de se prononcer sur l'incidence du recours à l'arbitrage prévu par la convention collective.

IV — Analyse

Ce pourvoi commande l'examen de la relation qu'entretiennent les recours prévus à la *Charte* et ceux qu'accorde la *LATMP*. La nature générale des ensembles législatifs, ainsi que la facture de l'art. 49 de la *Charte* et de l'art. 438 *LATMP* doivent être mises en perspective à ce sujet.

Avant de procéder plus avant, cependant, il faut préciser que nous n'avons pas à disposer de la question de l'applicabilité de la *LATMP* au harcèlement sexuel et au harcèlement au travail. Le Bureau de révision paritaire a décidé le 9 février 1989 que les faits invoqués par l'appellante constituaient une lésion professionnelle. En appel, seul le

105

106

107

McCarthy J.A. briefly considered this issue, stating that the facts alleged by the appellant, if true, would indeed establish the existence of an employment injury. In this Court, the parties have not questioned the validity of the Bureau de révision paritaire's decision. I will therefore assume that sexual harassment and harassment in the workplace may be the basis for a claim to the CSST under the *AIAOD*.

(A) *Employment Injury Compensation System*

108 In the nineteenth century, victims of work accidents in Quebec could obtain compensation only on the basis of the general law. With industrialization, the risks increased and accidents occurred more frequently, which brought to light the shortcomings of the available remedies. Workers had to endure judicial delays and the difficulty of establishing the employer's fault or a causal connection with the prejudice suffered. Although the courts had relaxed the rules of evidence somewhat, on the whole the general law responded only imperfectly to the problems presented by the use of new means of production (on this point, see K. Lippel, *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique* (1986), at pp. 15-59).

109 In 1909, to remedy these shortcomings, the Quebec legislature passed the *Act respecting the responsibility for accidents suffered by workmen in the course of their work, and the compensation for injuries resulting therefrom*, S.Q. 1909, c. 66, which was based, *inter alia*, on European developments in this area. This statute removed work accidents from the purview of civil liability. Victims no longer had to endure the uncertainties of civil proceedings or to establish the employer's fault, and in return they were granted partial, fixed-sum compensation that did not necessarily correspond to the prejudice they had suffered. From the beginning, the system was thus based on an abandonment of the concept of fault, for which there was substituted that of occupational risk. The costs associated with work accidents were divided between workers and employers. The former had

juge McCarthy a brièvement abordé cette question, en affirmant que les faits allégués par l'appelante, s'ils étaient vrais, établiraient effectivement l'existence d'une lésion professionnelle. Devant cette Cour, les parties ne remettent pas en cause la validité de la décision du Bureau de révision paritaire. Je tiendrai donc pour acquis que le harcèlement sexuel et le harcèlement au travail peuvent constituer la base d'une réclamation à la CSST en vertu de la *LATMP*.

A) *Le système d'indemnisation des lésions professionnelles*

Au XIX^e siècle, les victimes d'accidents du travail ne pouvaient, au Québec, obtenir compensation qu'en invoquant les règles du droit commun. Avec l'industrialisation, les risques augmentèrent et les accidents devinrent plus fréquents, ce qui mit en évidence les lacunes des recours disponibles. Les travailleurs avaient ainsi à pâtir des délais judiciaires, et de la difficulté d'établir la faute de l'employeur ou le lien de causalité avec le préjudice subi. Les tribunaux avaient bien assoupli un peu les règles de preuve, mais dans l'ensemble, le droit commun ne répondait que de façon imparfaite aux problèmes posés par l'usage de nouveaux moyens de production (voir à ce sujet K. Lippel, *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique* (1986), aux pp. 15 à 59).

Afin de pallier ces carences, le législateur québécois adopta en 1909, en s'inspirant notamment de développements européens en la matière, la *Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent*, S.Q. 1909, ch. 66. Grâce à ce texte législatif, les accidents du travail allaient dorénavant échapper au domaine de la responsabilité civile. La victime, n'ayant plus à subir les aléas des poursuites civiles ni à établir la faute de l'employeur, se voyait offrir en échange une compensation partielle et forfaitaire, ne représentant pas nécessairement le préjudice subi. Le régime procède ainsi, depuis les débuts, d'un abandon de la notion de faute, à laquelle a été substituée celle de risque professionnel. Les coûts associés aux accidents du travail furent répartis entre les travailleurs et les

to waive the possibility of obtaining full compensation by way of a civil action, while the latter had to provide partial compensation in the event of an accident.

Although the ordinary courts retained jurisdiction under the 1909 Act, the system as a whole was based on an exclusion of the rules of civil liability against employers. In this regard, ss. 14 and 15 of this Act read as follows:

14. The person injured or his representatives, shall continue to have, in addition to the recourse given by this act, the right to claim compensation under the common law from the persons responsible for the accident other than the employer, his servants or agents.

The compensation so awarded to them shall, to the extent thereof, discharge the employer from his liability; and the action against third persons responsible for the accident, may be taken by the employer at his own risk, in place of the person injured or his representatives, if he or they refuse to take such action after having been put in default so to do.

15. The employer shall be liable to the person injured or to his representatives mentioned in article 3 of this act, for injuries resulting from accidents caused by or in the course of the work of such person, in the cases to which this act applies, only for the compensation prescribed by this act.

The courts thus did not hesitate to find that actions based on the general law could not be brought by victims of work accidents (by way of illustration, see *Mongeau v. Fournier* (1924), 37 Que. K.B. 52).

The 1909 Act was subsequently amended a number of times, although its basic principles were not changed. In 1928 the system was removed from the courts when the Workmen's Compensation Commission was created (*Act respecting the Workmen's Compensation Commission*, S.Q. 1928, c. 80). That authority thereby became the only one with jurisdiction to dispose of claims for compensation related to industrial accidents. In 1931, as part of a legislative revision, an accident fund was

employeurs. Les premiers devaient renoncer à la possibilité d'obtenir compensation pleine et entière par voie d'action civile, alors que les seconds avaient l'obligation d'offrir une compensation partielle en cas d'accident.

Bien que les tribunaux de droit commun conservaient compétence en vertu de la loi de 1909, l'ensemble du régime se fondait sur une exclusion des règles de responsabilité civile à l'encontre de l'employeur. À ce sujet, les art. 14 et 15 de cette loi se lisaient comme suit:

14. Indépendamment de l'action résultant de la présente loi, la victime ou ses représentants conservent, contre les auteurs de l'accident, autres que le patron ou ses ouvriers et préposés, le droit de réclamer la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun.

L'indemnité qui leur est accordée exonère à due concurrence le chef d'entreprise des obligations mises à sa charge. Cette action contre les tiers responsables peut même être exercée par le chef d'entreprise, à ses risques et périls, aux lieu et place de la victime ou de ses ayants droit, si ceux-ci négligent d'en faire usage après mise en demeure.

15. Les dommages résultant des accidents survenant par le fait du travail ou à l'occasion du travail dans les cas prévus par la présente loi, ne donnent lieu, à charge du chef d'entreprise, au profit de la victime ou de ses ayants droit, tels que définis à l'article 3 de la présente loi, qu'aux seules réparations déterminées par cette loi.

Les tribunaux n'eurent ainsi aucune hésitation à conclure que les recours fondés sur le droit commun ne pouvaient être exercés par une victime d'un accident du travail (voir, en guise d'illustration, l'affaire *Mongeau c. Fournier* (1924), 37 B.R. 52).

La loi de 1909 subit par la suite nombre de modifications, qui n'en changèrent cependant pas les principes fondateurs. En 1928 le système fut déjudiciarisé, suite à la création de la Commission des accidents du travail (*Loi concernant la Commission des accidents du travail*, S.Q. 1928, ch. 80). Cette instance devenait de la sorte seule compétente pour disposer de demandes d'indemnisation liées aux accidents du travail. En 1931, à l'occasion d'une refonte législative, il fut établi un

110

111

established; sustained by employers' contributions, it became the source of most of the compensation payable to injured workers (*Workmen's Compensation Act, 1931*, S.Q. 1931, c. 100, ss. 73 et seq.). The powers of the Workmen's Compensation Commission were also spelled out in greater detail (ss. 59 et seq.). The legislature subsequently took care to formalize the principle of employers' civil immunity by adding art. 1056a to the *Civil Code of Lower Canada*. First enacted in 1933 (*Act respecting the right of action in the cases covered by the Workmen's Compensation Act, 1931*, S.Q. 1933, c. 106), this provision was amended in 1935 (*Act to amend the Civil Code respecting the right of action in the cases covered by the Workmen's Compensation Act, 1931*, S.Q. 1935, c. 91) and 1941 (*Act to amend the Civil Code*, S.Q. 1941, c. 67, s. 1). It took its final form at that time, with only a few minor corrections being made to it thereafter:

1056a. No recourse provided for under the provisions of this chapter shall lie, in the case of an accident contemplated by the Workmen's Compensation Act, 1931, except to the extent permitted by such act.

112 The principle of employers' civil immunity was no longer in any doubt, and it applied both to prejudice for which the system provided compensation and to that for which the special legislation offered no compensation. As noted by Létourneau C.J. in *Vincent & Co. v. Gallo*, [1944] Que. K.B. 202, at p. 206:

[TRANSLATION] In other words, workers who benefit from this inclusive industrial accidents legislation thereby waive any claim other than that provided for in the statute in respect of their bodily injuries or losses. If they are injured in a fall, they will receive the full benefits provided by the statute in question in such a case but will have no remedy against their employer or employers for what has not been provided for in the statute; thus, they will obtain nothing from their employer for having also broken or lost their glasses, watch, etc.

113 In 1985, a major reform of the compensation system was carried out by the passage of the current *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*. The first section of this Act clearly sets out its purpose:

fonds d'accident qui, alimenté par les contributions des employeurs, devenait la source de la plupart des indemnités payables aux travailleurs accidentés (*Loi des accidents du travail, 1931*, S.Q. 1931, ch. 100, art. 73 et suiv.). Les pouvoirs de la Commission des accidents du travail furent également davantage précisés (art. 59 et suiv.). Le législateur prit soin, par la suite, de formaliser le principe de l'immunité civile de l'employeur, en ajoutant au *Code civil du Bas Canada* l'art. 1056a. Adoptée pour la première fois en 1933 (*Loi concernant le droit de poursuite dans les cas couverts par la Loi des accidents du travail, 1931*, S.Q. 1933, ch. 106), cette disposition fut modifiée en 1935 (*Loi modifiant le Code civil relativement au droit de poursuite dans les cas couverts par la Loi des accidents du travail, 1931*, S.Q. 1935, ch. 91) et en 1941 (*Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1941, ch. 67, art. 1). Elle prit à cette date sa forme définitive, ne subissant par la suite que quelques corrections d'appoint:

1056a. Nul ne peut exercer les recours prévus par ce chapitre s'il s'agit d'un accident visé par la Loi des accidents du travail, 1931, excepté dans la mesure où ladite loi le permet.

Le principe de l'immunité civile de l'employeur ne fit plus aucun doute, s'étendant tant au préjudice indemnisé par le régime qu'à celui pour lequel la législation particulière n'offrait aucune compensation. Comme le remarquait le juge en chef Létourneau dans l'affaire *Vincent & Co. c. Gallo*, [1944] B.R. 202, à la p. 206:

En d'autres termes, l'ouvrier qui a le bénéfice de cette loi forfaitaire des accidents du travail, a par là renoncé à toute autre demande que ce que lui assurait cette loi quant à ses blessures ou pertes corporelles. Si, dans une chute il s'est blessé, il aura dans toute leur étendue les bénéfices que lui assure pour ce cas la loi en question, mais il n'aura contre son ou ses patrons aucun recours pour ce qui n'avait pas été prévu à cette loi; ainsi, il n'obtiendra rien de lui du fait qu'il aurait du même coup brisé ou perdu ses lunettes, sa montre, etc.

En 1985, il fut procédé à une réforme majeure du système d'indemnisation, par l'adoption de l'actuelle *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*. L'article premier de cette loi en énonce clairement le but:

1. The object of this Act is to provide compensation for employment injuries and the consequences they entail for beneficiaries.

The process of compensation for employment injuries includes provision of the necessary care for the consolidation of an injury, the physical, social and vocational rehabilitation of a worker who has suffered an injury, the payment of income replacement indemnities, compensation for bodily injury and, as the case may be, death benefits.

This Act, within the limits laid down in Chapter VII, also entitles a worker who has suffered an employment injury to return to work.

The principles that have guided legislative activity in this area from the very beginning still exist in the new legislative scheme. Thus, the *AIAOD* is based on the discarding of any reference to civil fault (s. 25) and the adoption of the concept of occupational risk. Moreover, compensation remains partial and fixed-sum. Except in cases of death, workers who suffer employment injuries are entitled only to an income replacement indemnity and to compensation for bodily injury. A pension equal to 90 percent of their net income is generally paid to them for as long as they are unable to carry on employment, in order to compensate them for lost wages (ss. 44 *et seq.*). Moreover, workers who suffer permanent physical or mental impairment are entitled to compensation for bodily injury corresponding to the seriousness of the impairment. As set out in s. 83, the anatomicophysiological deficit and disfigurement resulting from the physical or mental impairment, as well as the suffering or loss of enjoyment of life resulting from the deficit or disfigurement, are taken into account in determining the compensation. Aside from the reimbursement of certain expenses, medical costs and rehabilitation costs, injured workers are not entitled to any other compensation. Finally, jurisdiction to decide any matter contemplated in the *AIAOD* is conferred exclusively on the CSST (s. 349). This explains, *inter alia*, the prohibition against instituting a civil liability action against the victim's employer (s. 438) or against a co-worker who is alleged to have committed a fault in the performance of his or her duties (s. 442).

1. La présente loi a pour objet la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires.

Le processus de réparation des lésions professionnelles comprend la fourniture des soins nécessaires à la consolidation d'une lésion, la réadaptation physique, sociale et professionnelle du travailleur victime d'une lésion, le paiement d'indemnités de remplacement du revenu, d'indemnités pour dommages corporels et, le cas échéant, d'indemnités de décès.

La présente loi confère en outre, dans les limites prévues au chapitre VII, le droit au retour au travail du travailleur victime d'une lésion professionnelle.

Les principes ayant animé l'intervention législative depuis les tout débuts subsistent dans le nouvel ensemble législatif. Ainsi, l'abandon de toute référence à la faute civile (art. 25) et la consécration de la notion de risque professionnel animent la *LATMP*. De plus, la compensation reste partielle et forfaitaire. Hors les cas de décès, le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut avoir droit qu'à une indemnité de remplacement de revenu et à une indemnité pour dommages corporels. Une rente équivalant à 90 pour 100 de son revenu net lui est en général versée pendant toute la durée de son incapacité pour compenser le salaire perdu (art. 44 et suiv.). D'autre part, s'il a subi une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique, le travailleur a droit à une indemnité pour dommages corporels, qui est fonction de la gravité de l'atteinte. Comme l'énonce l'art. 83, il est tenu compte dans l'établissement de l'indemnité du déficit anatomo-physiologique et du préjudice esthétique résultant de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique, ainsi que des douleurs et de la perte de jouissance de la vie résultant de ce déficit ou de ce préjudice. À l'exception du remboursement de certaines dépenses, de frais médicaux et de frais de réadaptation, le travailleur accidenté n'a droit à aucune autre indemnité. Enfin, la compétence pour décider de toute affaire liée à la *LATMP* est exclusivement confiée à la CSST (art. 349). Ceci explique, notamment, la prohibition de tout recours en responsabilité civile contre l'employeur de la victime (art. 438) et contre le coemployé qui aurait commis une faute dans l'exercice de ses fonctions (art. 442).

114 The evolution and characteristics of this normative scheme show that it is largely independent from the general law. It expresses a well thought-out social compromise between various contradictory forces. As B. Cliche, S. Lafontaine and R. Mailhot state in *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail* (1993), at pp. 35-36:

[TRANSLATION] This scheme is a major component of an income security policy for victims of industrial accidents or occupational diseases.

The historical evolution of the legislation relating to prevention of and compensation for industrial accidents and occupational diseases shows that it has acquired the status of autonomous law, free of the principles of liability deriving from the general law. . . .

The AIAOD has the characteristics that Beetz J. attributed to statutes of this type in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 851. It establishes a compensation system that is based on the principles of insurance and no-fault collective liability, the main purpose of which is compensation and thus a form of final liquidation of remedies.

115 It is therefore with this coherent set of distinct and, according to the respondents and the interveners, exclusive rules that we must compare the equally important rules deriving from the *Charter of Human Rights and Freedoms*.

(B) *The Charter of Human Rights and Freedoms*

116 Like the statutes that are its counterparts in the other provinces, the *Charter*, which was enacted in 1975, has a special quasi-constitutional status. Certain of its provisions thus have relative primacy, resulting from s. 52. By its very nature, such a statute calls for a large and liberal interpretation that allows its objectives to be achieved as far as possible. In this sense, not only the provisions at issue but the entire statute must be examined (see in this regard *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547). In Quebec, s. 53 indeed provides that if any doubt as to interpretation arises, it must

L'évolution et les caractéristiques de cet ensemble normatif permettent de conclure à sa large autonomie face au droit commun. Il transpose un compromis social, longuement mûri, entre diverses forces contradictoires. Comme l'énoncent B. Cliche, S. Lafontaine et R. Mailhot, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail* (1993), aux pp. 35 et 36:

Ce régime est une composante majeure dans une politique de sécurité du revenu pour les victimes d'accidents de travail ou de maladies professionnelles.

L'évolution historique de la législation en matière de prévention et de réparation des accidents de travail et des maladies professionnelles nous permet de conclure qu'elle a accédé à un statut de droit autonome, libéré des principes de responsabilité émanant du droit commun . . .

En fait, la *LATMP* possède les caractéristiques qu'attribuait aux lois de ce type le juge Beetz dans l'affaire *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, à la p. 851. Elle établit en effet un système d'indemnisation fondé sur les principes d'assurance et de responsabilité collective sans égard à la faute, axé sur l'indemnisation et donc sur une forme de liquidation définitive des recours.

C'est donc à cet ensemble cohérent de règles distinctes et, prétendent les intimées et l'intervenante, exclusives, qu'il nous faut comparer celles, non moins importantes, qui découlent de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

B) *La Charte des droits et libertés de la personne*

Adoptée en 1975, la *Charte*, au même titre que les lois des autres provinces qui lui font pendant, jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle. Certaines de ses dispositions possèdent ainsi une primauté relative, qui découle de l'art. 52. Par sa nature même, une telle loi commande une méthode d'interprétation large et libérale, qui permette d'atteindre, autant que possible, les objectifs visés. En ce sens, non seulement les dispositions en cause, mais l'ensemble de la loi, doivent être examinés (voir à ce sujet *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la

be resolved in keeping with the intent of the *Charter*.

As well as affirming human rights and freedoms, the *Charter* provides in s. 49 for a special remedy, which performs several functions at once. To ensure an effective response to unlawful interference with protected rights, the first paragraph of s. 49 allows the victim of that interference to obtain the cessation thereof, as well as compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom. In addition, the second paragraph of s. 49 authorizes the court hearing the case to order the author of unlawful and intentional interference to pay exemplary damages. This multifaceted remedy is part of a distinct legislative scheme and cannot be completely dissociated from it. It also adds to remedies under the general law, however, which means that it is necessary to determine its originality in comparison with the existing rules. Expressly leaving aside the question of the interaction between the right to obtain the cessation of an unlawful interference with a right protected by the *Charter* and the injunction available under the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, we must, to dispose of this appeal, characterize the remedy provided for in s. 49. It must be determined whether this provision, in so far as it allows compensatory (first paragraph) and exemplary (second paragraph) damages to be obtained, creates a civil liability remedy. It is thus necessary to consider not so much the formal autonomy resulting from the legislative source, which is distinct from the *Civil Code*, as the originality of the principles underlying s. 49 of the *Charter* compared with those that generally govern civil liability, which has been defined as "juridical responsibility entailing the obligation to repair harm caused to others" (*Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons* (2nd ed. 1991), at p. 62).

(a) The Remedy of Compensatory Damages Provided for in the First Paragraph of Section 49

In order to characterize this first aspect of the remedy provided for in s. 49, it is necessary to

p. 547). Au Québec, l'art. 53 précise d'ailleurs qu'en cas de doute dans l'interprétation, il doit être tranché dans le sens indiqué par la *Charte*.

117
Outre l'affirmation des droits et libertés de la personne, la *Charte* prévoit à son art. 49 un recours particulier, qui remplit simultanément plusieurs fonctions. Afin d'assurer la sanction efficace des atteintes illicites aux droits protégés, l'art. 49, al. 1 permet à la victime de cette atteinte d'en obtenir la cessation, ainsi que la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. D'autre part, l'art. 49, al. 2 accorde au tribunal saisi le pouvoir de condamner l'auteur d'une atteinte illicite et intentionnelle au paiement de dommages exemplaires. Ce recours à multiples facettes s'inscrit dans un ensemble législatif distinct, et il ne peut en être complètement dissocié. Il s'ajoute cependant aussi aux recours de droit commun, ce qui impose la recherche de son originalité face aux règles déjà en place. Laissant expressément de côté la question de l'interaction entre le droit d'obtenir la cessation d'une atteinte illicite à un droit protégé par la *Charte* et le recours en injonction prévu au *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, il nous faut en effet, pour résoudre le présent pourvoi, qualifier le recours offert par l'art. 49. Il importe de déterminer si cette disposition, dans la mesure où elle permet d'obtenir des dommages-intérêts compensatoires (al. 1) et exemplaires (al. 2), est constitutive d'un recours en responsabilité civile. Ainsi, plus qu'à l'autonomie formelle qui résulte de la source législative distincte du *Code civil*, il faut s'attarder à l'originalité des principes qui sous-tendent l'art. 49 de la *Charte* à l'égard de ceux qui règlent en général la responsabilité civile, la «responsabilité juridique liée à la réparation du préjudice causé à autrui» (*Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* (2^e éd. 1991), à la p. 499).

a) Le recours en dommages compensatoires prévu à l'art. 49, al. 1

Afin de qualifier ce premier volet du recours offert par l'art. 49, force est d'abord de constater

begin by noting that, before the advent of the *Charter*, art. 1053 *C.C.L.C.* could provide the basis for liability for a violation of fundamental rights that are now protected. This Court has applied art. 1053 on a number of occasions, for example with respect to freedom of conscience and religion (*Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834). In this sense, art. 1053 has even been described as a veritable charter of rights (M. Caron, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197, at p. 199; see also 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). The flexibility inherent in the principle of civil fault was of course able to allow for judicial adaptation to changes in standards of conduct and, correspondingly, in the content of human rights. As F. R. Scott noted in "The Bill of Rights and Quebec Law" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 135, at p. 136:

The civil law has evolved a general principle of liability for wrongs, applicable to all situations that present themselves. It is a law of delict and not of delicts; new sets of facts may arise in society to which the rule has never been applied before, yet which it is adequate to cover. Quebec judges do not legislate when so applying the all-embracing principle, they merely subsume new facts under the ancient rule.

119

All the same, the *Charter* has made a great contribution to clarifying the scope of the fundamental freedoms recognized in Quebec law. In view of this undeniable contribution, does the remedy of compensatory damages under the first paragraph of s. 49 have an autonomy in principle that makes it distinguishable from civil liability? I do not think so, although certain commentators have put forward arguments to that effect (see G. Otis, "Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise" (1991), 51 *R. du B.* 561; M. Drapeau, "La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne" (1994), 28 *R.J.T.* 31). In my view, the first paragraph of s. 49 and art. 1053 *C.C.L.C.* are based on the same legal principle of liability associated with wrongful conduct, which is what I suggested

que l'art. 1053 *C.c.B.C.*, avant l'avènement de la *Charte*, pouvait fonder la responsabilité pour violation de droits fondamentaux aujourd'hui protégés. Notre Cour en a plusieurs fois fait application, par exemple quant à la liberté de conscience et de religion (*Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834). En ce sens, l'art. 1053 a même déjà été qualifié de véritable charte des droits (M. Caron, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?» (1978), 56 *R. du B. can.* 197, à la p. 199; voir également 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). La souplesse inhérente au principe de faute civile pouvait bien entendu permettre l'adaptation jurisprudentielle à l'évolution des mœurs et la modification corrélative du contenu des droits de la personne. Comme le remarquait F. R. Scott, «The Bill of Rights and Quebec Law» (1959), 37 *R. du B. can.* 135, à la p. 136:

[TRADUCTION] Le droit civil a élaboré un principe général de responsabilité pour préjudice qui s'applique à toutes les situations qui peuvent se présenter. Il s'agit d'un droit du délit et non des délits; il peut survenir dans la société des faits nouveaux auxquels la règle n'a jamais été appliquée auparavant, mais qu'elle est susceptible de régir adéquatement. Les juges du Québec ne légifèrent pas lorsqu'ils appliquent ainsi le principe général, ils ne font que subsumer de nouveaux faits dans l'ancienne règle.

La *Charte* a malgré tout grandement contribué à préciser la portée des libertés fondamentales reconnues en droit québécois. Compte tenu de cet indéniable apport, le recours en dommages compensatoires offert par l'art. 49, al. 1 possède-t-il une autonomie de principe qui permette de le distinguer de la responsabilité civile? Je ne le crois pas, bien que des arguments à cet effet aient été avancés par certains commentateurs (voir G. Otis, «Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise» (1991), 51 *R. du B.* 561; M. Drapeau, «La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne» (1994), 28 *R.J.T.* 31). À mon avis, l'art. 49, al. 1 et l'art. 1053 *C.c.B.C.* relèvent d'un même principe juridique de responsabilité attachée au comportement fautif. C'est d'ailleurs ce que

in *obiter* when examining the concept of cause as regards *lis pendens* (*Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440, at p. 457).

It is thus clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault. The *Charter* formalizes standards of conduct that apply to all individuals. The legislative recognition of these standards of conduct has to some extent exempted the courts from clarifying their content. This recognition does not, however, make it possible to distinguish in principle the standards of conduct in question from that under art. 1053 C.C.L.C., which the courts apply to the circumstances of each case. The violation of one of the guaranteed rights is therefore wrongful behaviour, which, as the Court of Appeal has recognized, breaches the general duty of good conduct (see *Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130). The fact that an interpreter of the *Charter* first has to clarify the scope of a protected right in light of a specific provision does not make this exercise any different from the one that involves deducing a specific application from the principle recognized in art. 1053 C.C.L.C. Moreover, the first paragraph of art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, now takes care to specify that rules of conduct the violation of which results in civil liability may derive from the law:

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.

The nature of the damages that may be obtained under the first paragraph of s. 49 reinforces the parallel with civil liability. 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

j'avais laissé entendre, de façon incidente, lors de l'étude de la notion de cause en matière de litispendance (*Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, à la p. 457).

Ainsi, il est manifeste que la violation d'un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile. La *Charte* formalise en effet des normes de conduite, qui s'imposent à l'ensemble des citoyens. La reconnaissance législative de ces normes de conduite a dispensé la jurisprudence, dans une certaine mesure, d'en préciser le contenu. Cependant, cette reconnaissance ne permet pas de distinguer, en principe, les normes de conduite en question de celle qui découle de l'art. 1053 C.c.B.C., et que les tribunaux appliquent aux circonstances de chaque espèce. La violation d'un des droits garantis constitue donc un comportement fautif, qui, comme l'a déjà reconnu la Cour d'appel, contrevient au devoir général de bonne conduite (voir *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130). Le fait que l'interprète de la *Charte* ait d'abord à préciser la portée d'un droit protégé à la lumière d'un texte précis ne différencie pas cet exercice de celui qui consiste à déduire du principe reconnu à l'art. 1053 C.c.B.C. une application particulière. D'ailleurs, l'art. 1457, al. 1 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, prend maintenant bien soin de préciser que les règles de conduite dont la violation entraîne responsabilité civile peuvent découler de la loi:

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 préjudice à autrui.

La nature des dommages-intérêts que permet d'obtenir l'art. 49, al. 1 renforce le rapprochement avec la responsabilité civile. 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*

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.

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.

122

Finally, nothing in the *Charter* relieves the victim of an unlawful interference with a guaranteed right of the burden of proving a causal connection between that interference and the moral or material prejudice he or she allegedly suffered. In this respect, the *Charter* neither breaks new ground nor adds to the general law. All of these factors therefore justify the characterization of the remedy provided for in the first paragraph of s. 49. As J.-L. Baudouin states in *La responsabilité civile* (4th ed. 1994), at p. 224:

Enfin, rien dans la *Charte* ne dispense la victime d'une atteinte illicite à un droit garanti de la charge de faire la preuve du lien de causalité entre cette atteinte et le préjudice moral ou matériel qu'elle aurait subi. La *Charte* n'innove pas en cela ni n'ajoute au droit commun. L'ensemble de ces éléments justifie donc la qualification du recours prévu à l'art. 49, al. 1. Comme l'énonce J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4^e éd. 1994), à la p. 224:

[TRANSLATION] Specific statutory provisions in the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and the Civil Code now protect what used to come under the general protection of the ordinary law. These provisions set out a series of fundamental rights and freedoms that relate to the protection of the very personality of individuals and the violation of which may cause, although not exclusively, prejudice that is mainly moral in nature. Moreover, section 49 of the *Charter* establishes the right to compensation for this type of prejudice by placing it on the same footing as material damage. Despite certain opinions to the contrary, the *Charter* therefore does not create a distinct, autonomous system of civil liability. It merely sets out a group of fundamental human rights, now in statutory form, the sanctioning of which is, however, ensured by the general principle in article 1457 C.C. A violation of a right protected by the *Charter* or recognized by another enactment or the courts is, in fact, a breach of the legal duty to abide by the rules of conduct that lie upon individuals under article 1457 C.C. In this sense, therefore, there is no dual civil liability system or remedy, one under the Civil Code and the other under the *Charter*.

La *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* et le Code civil protègent désormais par des dispositions législatives particulières ce qui ressortissait antérieurement de la protection générale du droit commun. Il s'agit d'une série de droits et de libertés fondamentales touchant la protection de la personnalité même de l'individu et dont la violation risque de causer, mais non exclusivement toutefois, un préjudice d'ordre principalement moral. De plus, l'article 49 de la *Charte* consacre le droit à la réparation de ce type de préjudice en le plaçant sur le même pied que le dommage matériel. Malgré certaines opinions contraires, la *Charte* ne crée donc pas un système distinct et autonome de responsabilité civile. Elle ne fait qu'énoncer désormais sous une forme législative un ensemble de droits fondamentaux de la personne dont la sanction cependant est assurée par le biais du principe général de l'article 1457 C.c. Transgresser un droit protégé par la *Charte*, reconnu par un autre texte ou la jurisprudence est, en effet, manquer au devoir légal de respecter les règles de conduite qui s'imposent à elle énoncées à l'article 1457 C.c. En ce sens donc, il n'existe pas de dualité de régime ou de recours en responsabilité civile, l'un sous le Code civil, l'autre sous la *Charte*.

123

For these reasons, the analogy that the appellant attempted to draw with *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, simply does not stand up to scrutiny. In that case, this Court

Pour ces motifs, l'analogie qu'a tenté d'établir l'appelante avec l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, ne peut simplement tenir. Dans cette affaire, notre Cour

had to decide, *inter alia*, whether an employer could be held liable for discriminatory acts by an employee in violation of the *Canadian Human Rights Act*. In answering in the affirmative, La Forest J., for the Court, characterized the employer's liability as follows (at p. 95):

It is unnecessary to attach any label to this type of liability; it is purely statutory. However, it serves a purpose somewhat similar to that of vicarious liability in tort, by placing responsibility for an organization on those who control it and are in a position to take effective remedial action to remove undesirable conditions.

Relying on this passage, the appellant argued that the *Charter*, like the *Canadian Human Rights Act*, has a formal autonomy that makes it distinguishable from the general law of liability and that this is a sufficient reason for characterizing the remedy provided for in the first paragraph of s. 49 as an original one.

In *Robichaud*, La Forest J. first had to interpret a particular statutory enactment, in which he found a specific source of liability distinct from the general law. While in that case there was indeed a new remedy, it does not necessarily follow that the remedy provided for in the *Charter*, in light of its specific characteristics considered above, differs from the general principles of civil liability simply because of its formal autonomy. Moreover, the relationship between instruments that protect fundamental rights and the general law is not entirely the same in the common law provinces as in Quebec. Thus, this Court decided in an Ontario case that, because of the prohibition against discrimination in the province's human rights legislation, there could be no parallel development of a discrimination-based tort (*Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181). In light of the characteristics of the Ontario legislative scheme, it was decided that bringing an action in the ordinary courts was not possible. Conversely, it must be recognized that the jurisdiction of the Commission des droits de la personne in Quebec is not exclusive and in no way precludes

devait notamment décider si un employeur pouvait être tenu responsable d'actes discriminatoires posés par un employé, en contravention à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En répondant par l'affirmative, le juge La Forest, au nom de la Cour, caractérisa ainsi la responsabilité de l'employeur (à la p. 95):

Il s'agit là d'un type de responsabilité qui se passe de tout qualificatif et qui découle purement et simplement de la loi. Toutefois, cette responsabilité répond à un objectif quelque peu semblable à celui de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle, du fait qu'elle impose la responsabilité d'un organisme à ceux qui en ont le contrôle et qui peuvent prendre des mesures réparatrices efficaces en vue d'éliminer les conditions peu souhaitables qui peuvent exister.

L'appelante, en s'appuyant sur ce passage, argue qu'au même titre que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la *Charte* jouit d'une autonomie formelle qui permet de la distinguer du droit commun de la responsabilité. Il y aurait donc là un motif suffisant pour arriver à une qualification originale du recours offert par l'art. 49, al. 1.

Le juge La Forest, dans l'affaire *Robichaud*, devait d'abord interpréter un texte législatif précis, et il y a vu une source particulière de responsabilité, distincte du droit commun. S'il y avait bien dans cette espèce un nouveau recours, il ne s'ensuit pas nécessairement que le recours offert par la *Charte*, au vu de ses caractéristiques propres qui ont été étudiées plus haut, se différencie des principes généraux de responsabilité civile du seul fait de son autonomie formelle. D'ailleurs, la relation entre les instruments de protection des droits fondamentaux et le droit commun, dans les provinces de common law, n'est pas tout à fait la même qu'au Québec. Ainsi, notre Cour a déjà décidé, dans une affaire provenant de l'Ontario, qu'en raison de l'interdiction de la discrimination que contenait la loi provinciale sur les droits de la personne, il ne pouvait y avoir développement parallèle d'un délit civil fondé sur la discrimination (*Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181). À la lumière des caractéristiques de l'ensemble législatif ontarien, il fut décidé que le recours aux tribunaux de droit commun était interdit. À l'inverse,

suing in the ordinary courts (s. 77 of the *Charter*). Moreover, the very nature of the standard of good conduct under the *Civil Code* goes against the acceptance of an argument that would deny its evolutionary character and its capacity to encompass situations never before contemplated. The *Charter's* recognition of specific and perhaps still unexplored aspects of this standard of conduct does not in itself justify a new characterization of the liability resulting from its violation. I am therefore of the view that the liability under the first paragraph of s. 49 is directed to the reparation of harm caused to others by wrongful conduct and that it must therefore be characterized as civil liability.

(b) Remedy of Exemplary Damages under the Second Paragraph of Section 49 of the *Charter*

125 In keeping with the civil law tradition, Quebec liability law did not traditionally provide for exemplary damages. Since its only purpose was to compensate, civil liability could not seek to punish, as that role was reserved to penal law (*Chaput, supra*, at pp. 841 and 867). The principle of *restitutio in integrum* left no room for awarding compensation that exceeded the loss suffered and the earnings lost. However, the legislature authorized the courts to award exemplary damages in certain cases under a number of socially oriented statutes. For example, the *Tree Protection Act*, R.S.Q., c. P-37, s. 1, and the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, s. 272, allow judges to do this. The same is true of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

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*

force est de constater que la compétence de la Commission des droits de la personne ne possède pas, au Québec, un caractère exclusif, et ne prohibe en rien le recours aux tribunaux de droit commun (art. 77 de la *Charte*). De plus, la nature même de la norme de bonne conduite qui découle du *Code civil* s'oppose à la tenue d'un raisonnement qui nierait son caractère évolutif et sa capacité d'englober des situations jamais envisagées auparavant. La reconnaissance par la *Charte* d'aspects particuliers, et peut-être encore inexplorés, de cette norme de conduite ne justifie pas en elle-même une qualification nouvelle de la responsabilité découlant de sa violation. Je suis donc d'avis que la responsabilité liée à l'art. 49, al. 1 en est une qui vise la réparation du préjudice causé à autrui par un comportement fautif, et que partant, elle doit être qualifiée de responsabilité civile.

(b) Le recours en dommages exemplaires prévu à l'art. 49, al. 2 de la *Charte*

Fidèle en cela à la tradition civiliste, le droit québécois de la responsabilité ne connaissait pas, traditionnellement, les dommages exemplaires. N'ayant pour but que de compenser, la responsabilité civile ne devait pas chercher à punir, fonction réservée au droit pénal (*Chaput*, précité, aux pp. 841 et 867). Le principe de la restitution intégrale ne laissait pas place, en effet, à l'octroi d'une compensation dépassant la perte subie et le gain manqué. Le législateur a cependant conféré, par le biais de certaines lois particulières à vocation sociale, la possibilité aux tribunaux d'accorder en certains cas des dommages exemplaires. La *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., ch. P-37, art. 1, et la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 272, donnent par exemple cette faculté aux magistrats. Il en est de même de l'art. 49, al. 2 de la *Charte*.

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

de Lignery, supra, at p. 137). Although the *Charter* is broad in scope, the ability to award exemplary damages remains exceptional in Quebec law, as it has not been raised to the status of a principle. This is evident from art. 1621 of the *Civil Code of Québec*, which clearly establishes that a judicial decision in this regard must be based on a specific provision:

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.

Despite these various special features, 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 added). 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.

Association des professeurs de Lignery, précité, à la p. 137). Bien que la *Charte* soit d'une grande portée, la faculté d'accorder des dommages exemplaires reste cependant exceptionnelle en droit québécois, n'ayant pas été érigée à l'état de principe. L'article 1621 du *Code civil du Québec* en témoigne, d'ailleurs, en établissant clairement qu'une disposition particulière doit fonder la décision de justice à ce sujet:

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.

Malgré ces diverses particularités, 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» (je souligne). 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.

128 I am therefore of the view that the remedy provided for in s. 49 of the *Charter*, in so far as it authorizes a claim of compensatory and exemplary damages, is a civil liability remedy.

(C) *Reconciling the Two Systems*

129 Two important legislative schemes come into play, and are clearly in conflict, in the case at bar. While the nature of the *Charter* favours maintaining autonomous actions for damages, the purpose of the compromise achieved by the *AIAOD* militates against it. To sort this out, the language used in the relevant statutory provisions must first be considered.

130 Sections 438 and 442 *AIAOD* must necessarily be the starting point for the analysis. The civil immunity of employers and co-workers under these sections is broad in scope and applies to an action for damages under the *Charter* based on the events that gave rise to the employment injury. There is accordingly no doubt that the action brought by the appellant in the Superior Court fell within the exclusion in s. 438 in so far as it involved the respondents. The appellant was unquestionably seeking, as shown above, to bring a civil liability action. She was suing the Confederation of National Trade Unions, for which she had worked since 1978. She was also claiming compensation from the FEESP, for which she had worked since 1986 pursuant to an agreement with the Confederation of National Trade Unions. This agreement provided, *inter alia*, that the Confederation of National Trade Unions and the FEESP would share the expenses related to the appellant's employment equally and placed the appellant under the joint responsibility of the two organizations' servicing representatives. In this Court, the parties did not question the fact that the FEESP, like the Confederation of National Trade Unions, employed the appellant. The Superior Court therefore had before it a civil liability action in which the appellant was seeking damages from her employers for the sexual harassment and harassment in the workplace she alleged she had suffered. Since the events relied on by the appellant in support of her action had already been character-

Je suis donc d'avis que le recours offert par l'art. 49 de la *Charte*, dans la mesure où il confère la faculté de réclamer des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires, est un recours en responsabilité civile.

C) *Conciliation des deux régimes*

Deux ensembles législatifs importants se rencontrent en l'espèce, et s'opposent manifestement. Si la nature de la *Charte* milite en faveur du maintien de recours autonomes en dommages-intérêts, l'objet du compromis réalisé par la *LATMP* s'y oppose. Afin de démêler l'écheveau, il importe de s'attarder, d'abord, au langage employé aux dispositions législatives pertinentes.

Les articles 438 et 442 *LATMP* doivent nécessairement constituer le point de départ de l'analyse. L'immunité civile de l'employeur et du coemployé qui en résulte est de grande portée, et elle vise le recours en dommages, offert par la *Charte*, qui prendrait appui sur les événements constitutifs de la lésion professionnelle. Il ne fait donc pas de doute que l'action intentée par l'appellante en Cour supérieure, dans la mesure où elle mettait en jeu les intimées, tombait sous le coup de l'exclusion de l'art. 438. Ainsi, l'appelante tentait sans contredit, comme il en a été fait la preuve plus haut, d'exercer un recours en responsabilité civile. Elle recherchait en justice la Confédération des syndicats nationaux, de qui elle était à l'emploi depuis 1978. Elle réclamait également compensation de la FEESP, qui recourait à ses services depuis 1986, en application de l'entente signée avec la Confédération des syndicats nationaux. Cette entente imposait notamment à la Confédération des syndicats nationaux et à la FEESP un partage égal des frais liés à l'emploi de l'appelante, et mettait l'appelante sous la responsabilité conjointe des conseillers syndicaux des deux organismes. Devant notre Cour, les parties n'ont pas remis en doute que la FEESP employait l'appelante, au même titre que la Confédération des syndicats nationaux. La Cour supérieure était donc saisie d'une action en responsabilité civile, par laquelle l'appelante tentait d'obtenir de ses employeurs des dommages-intérêts, en raison du harcèlement sexuel et du harcèlement au travail qu'elle préten-

ized by the competent authorities as an employment injury within the meaning of the *AIAOD*, the principle of an employer's civil immunity had to be applied.

This is also the solution indicated by s. 51 of the *Charter*, which makes a point of stating that the *Charter* must not, as a general rule, be interpreted so as to extend or amend the scope of a provision of law. Allowing the victim of an employment injury to bring a civil liability action based on the *Charter* against his or her employer or a co-worker would necessarily call into question the compromise formalized by the *AIAOD*. That Act is based on the principle of no-fault liability and provides for a mechanism of fixed-sum, but partial, compensation. If section 49 allowed the victim of an employment injury to obtain additional damages, the scope of the *AIAOD* would thereby be changed.

The appellant countered this reasoning by relying on the special nature of the *Charter* and its relative primacy over other enactments. It must be noted, however, that s. 52 of the *Charter*, which affirms its preponderance, does not include s. 49 in the group of privileged provisions. Only ss. 1 to 38 of the *Charter* prevail over other statutes, which may not derogate from the *Charter* unless they do so expressly. Read together, ss. 51 and 52 therefore show that the legislature did not intend to impose the same formal requirements for derogations from s. 49. That provision, even when invoked because of a violation of one of the rights guaranteed in ss. 1 to 38, does not have the same relative preponderance that they have. In any event, while the exclusion is not express, the language of s. 438 *AIAOD* hardly leaves any doubt as to the legislature's intention, owing to the characteristics of the remedy provided for in s. 49. Section 438 *AIAOD*, which came into effect after the *Charter*, unambiguously indicates that s. 49 of the *Charter* must give way. Contrary to what the appellant argues, the comparison between the

daît avoir subis. Les événements invoqués par l'appelante au soutien de son action ayant déjà été qualifiés de lésion professionnelle au sens de la *LATMP* par les autorités compétentes, le principe de l'immunité civile de l'employeur devait recevoir application.

Telle est, d'ailleurs, la solution qu'indique l'art. 51 de la *Charte*. Cette disposition prend soin de préciser que la *Charte* ne doit pas, en règle générale, être interprétée de manière à augmenter ou modifier la portée d'une disposition de la loi. Permettre à la victime d'une lésion professionnelle de faire valoir un recours en responsabilité civile fondé sur la *Charte* contre son employeur ou contre un coemployé reviendrait nécessairement à remettre en question le compromis formalisé par la *LATMP*. Cette loi repose en effet sur le principe de la responsabilité sans faute, et prévoit un mécanisme d'indemnisation forfaitaire, mais partielle. Si l'article 49 permettait à la victime d'une lésion professionnelle d'obtenir des dommages-intérêts supplémentaires, la portée de la *LATMP* s'en trouverait modifiée.

L'appelante oppose à ce raisonnement le caractère particulier de la *Charte*, et sa primauté relative à l'endroit des autres textes législatifs. Force est de constater, cependant, que l'art. 52 de la *Charte*, qui en affirme la prépondérance, fait défaut d'inclure l'art. 49 au sein du groupe des dispositions privilégiées. Seuls les art. 1 à 38 de la *Charte* ont préséance sur les autres lois, qui ne peuvent y déroger qu'expressément. Les articles 51 et 52, lus conjointement, témoignent donc de l'intention du législateur de ne pas imposer les mêmes exigences de forme pour la dérogation à l'art. 49. Cette dernière disposition, même lorsqu'elle est invoquée en raison d'une violation d'un des droits garantis aux art. 1 à 38, ne participe pas de leur prépondérance relative. À tout événement, si l'exclusion n'est pas expresse, le langage de l'art. 438 *LATMP* ne laisse guère subsister de doute quant à l'intention du législateur, en raison des caractéristiques du recours offert par l'art. 49. L'article 438 *LATMP*, qui a pris effet après la *Charte*, indique sans ambiguïté que l'art. 49 de la *Charte* doit céder le pas. Contrairement à ce que prétend l'appelante,

131

132

explicit exclusion of general law remedies contained in art. 1056a *C.C.L.C.* and the more general one in s. 438 *AIAOD* cannot be conclusive. Article 1056a merely restates a principle already established by the industrial accidents legislation and, moreover, has not been included in the *Civil Code of Québec*. No one would argue that, as a result, the principle of an employer's immunity established by the *AIAOD* no longer applies to a civil liability action under the general law.

la comparaison entre l'exclusion explicite des recours de droit commun contenue à l'art. 1056a *C.c.B.C.* et celle, plus générale, de l'art. 438 *LATMP*, ne saurait être déterminante. L'article 1056a ne fait que rappeler un principe déjà établi par la législation sur les accidents du travail, et n'a d'ailleurs pas été repris au *Code civil du Québec*. Nul ne soutiendrait qu'en conséquence, le principe de l'immunité de l'employeur établi à la *LATMP* ne trouve plus application à l'encontre du recours en responsabilité civile du droit commun.

133 I am therefore of the view that s. 438 has the effect of validly barring the victim of an employment injury from bringing an action for damages under the *Charter*. By making this exclusion, the *AIAOD* clearly does not violate any of the rights guaranteed in ss. 1 to 38 of the *Charter*. Moreover, victims of employment injuries are not denied all forms of monetary compensation. Rather, they are subjected to a special scheme, which offers a number of advantages but which allows them to obtain only partial, fixed-sum compensation. In this sense, and although the point is not determinative, it is worth noting that this Court has already held that a similar ban on civil liability actions by victims of work accidents did not violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.))*, [1989] 1 S.C.R. 922).

Je suis donc d'avis que l'art. 438 a pour effet de valablement interdire à la victime d'une lésion professionnelle l'usage du recours en dommages-intérêts prévu à la *Charte*. Par cette exclusion, la *LATMP* ne contrevient évidemment pas à l'un des droits garantis aux art. 1 à 38 de la *Charte*. D'ailleurs, la victime d'une lésion professionnelle ne se trouve pas privée de toute forme de compensation monétaire. Elle se voit plutôt soumise à un régime particulier, qui offre nombre d'avantages, mais qui ne permet d'obtenir qu'une indemnisation partielle et forfaitaire. En ce sens, et bien que cela ne soit pas déterminant, il n'est pas sans intérêt de remarquer que notre Cour a déjà jugé qu'une prohibition semblable des recours civils aux victimes d'accidents du travail ne contrevenait pas à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés (Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.))*, [1989] 1 R.C.S. 922).

134 In short, I am of the view that the Court of Appeal should have given full effect to the principle of employers' civil immunity and declared that the action brought against the respondents should be dismissed. The purpose of the *AIAOD*, the wording of s. 438 thereof and the nature of the remedy provided for in s. 49 all support this conclusion.

En somme, je considère que la Cour d'appel aurait dû donner plein effet au principe de l'immunité civile de l'employeur, et déclarer non recevable l'action intentée contre les intimées. L'objet de la *LATMP*, la facture de son art. 438 ainsi que la nature du recours prévu à l'art. 49 militent tous en ce sens.

135 It is true, as noted by Mailhot J.A., that there is accordingly a disparity between victims' remedies depending on whether they suffer sexual harassment resulting in an employment injury in the course of their work or outside that context, since it is only in the latter case that they can bring a civil liability action for exemplary damages. This is true, however, for all aspects of employers' civil

Il est vrai, comme le souligne le juge Mailhot, qu'en conséquence il y a une disparité entre les recours de la victime selon qu'elle subit un harcèlement sexuel constitutif de lésion professionnelle dans le cadre de son travail ou hors ce cadre, ce dernier donnant seule ouverture à une action en responsabilité civile pour des dommages exemplaires. Ceci est vrai cependant pour tout ce qui relève de la res-

liability to their employees in the work context. Although victims cannot bring civil liability actions to punish such fault on their employers' part by means of exemplary damages, the other *Charter* remedies are available to them. Such an action for exemplary damages is an exceptional one and must be provided for by the legislature.

(D) *The Role of Grievance Arbitrators*

In view of the conclusion I have reached regarding the availability of a civil liability action in the present case, it is not necessary for me to consider the scope of the grievance arbitrator's jurisdiction in any depth. By way of cross-appeal, the respondents argued that if the action based on the *Charter* was not barred, it had to be decided by the grievance arbitrator. To dispose of this appeal and of the cross-appeal, it is sufficient to note that the ordinary courts could not decide the civil liability action based on the events that made compensation payable under the *AIAOD*. I shall therefore refrain from determining whether a grievance could have been filed in the instant case. If that had been the case, however, it is understood that the arbitrator could not have awarded damages for the prejudice suffered as a result of the employment injury. The exclusion of a civil liability action also applies to the grievance arbitrator. This being said, it is not inconceivable that an arbitrator dealing with such a grievance in these circumstances could have ordered other remedial measures, such as reinstatement or reassignment, if the collective agreement so allowed.

V — Conclusion

For these reasons, I would set aside the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, grant the respondents' motion to dismiss and, therefore, dismiss both the appeal of the appellant and the cross-appeal. In the particular circumstances of this case, I would not grant costs.

ponsabilité civile de l'employeur envers l'employé dans le cadre de son travail. Si la victime ne peut se pourvoir par action en responsabilité civile pour sanctionner par dommages exemplaires une telle faute de l'employeur, les autres recours prévus par la *Charte* lui sont ouverts. Un tel recours en dommages exemplaires en est un d'exception et il appartient au législateur de le prévoir.

D) *Le rôle de l'arbitre de griefs*

En raison de la conclusion à laquelle j'en suis arrivé quant à la disponibilité du recours en responsabilité civile en l'espèce, il ne me sera pas nécessaire de traiter en profondeur de l'étendue de la compétence de l'arbitre de griefs. Par voie d'appel incident, les intimées soutenaient en effet que si un recours fondé sur la *Charte* était disponible, il devait être exercé devant l'arbitre de griefs. Il suffit, pour disposer du présent pourvoi et de l'appel incident, de constater que les tribunaux de droit commun ne pouvaient décider du recours en responsabilité civile fondé sur les événements ayant donné lieu à compensation en vertu de la *LATMP*. Je m'abstiens donc de déterminer s'il aurait pu y avoir dépôt d'un grief en l'espèce. Si tel avait été le cas, cependant, il est entendu que l'arbitre n'aurait pu octroyer des dommages-intérêts en raison du préjudice subi suite à la lésion professionnelle. L'exclusion du recours en responsabilité civile vaut également pour l'arbitre de griefs. Ceci dit, il n'est pas inconcevable qu'un arbitre saisi dans ces circonstances ait pu ordonner, si la convention collective l'avait permis, d'autres mesures réparatrices, comme par exemple la réintégration ou la réaffectation.

V — Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et celui de la Cour supérieure, d'accorder la requête en irrecevabilité présentée par les intimées, et en conséquence de rejeter tant le pourvoi de l'appelante que l'appel incident. Dans les circonstances particulières de l'espèce, je n'accorderais pas de dépens.

Appeal and cross-appeal dismissed, LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Jacques Blanchette, Sherbrooke.

Solicitors for the respondents: Roy, Dagenais, Allen, Laval.

Solicitors for the intervener: Panneton Lessard, Québec.

Solicitors for the mis en cause Gendron: Laurin, Laplante, Montréal.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés, les juges LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ dissidents en partie.

Procureur de l'appelante: Jacques Blanchette, Sherbrooke.

Procureurs des intimées: Roy, Dagenais, Allen, Laval.

Procureurs de l'intervenante: Panneton Lessard, Québec.

Procureurs du mis en cause Gendron: Laurin, Laplante, Montréal.

**Sinnadurai Paramadevan and Blossom
Paramadevan Appellants**

v.

Bernard Semelhago Respondent

INDEXED AS: SEMELHAGO v. PARAMADEVAN

File No.: 24325.

1996: January 31; 1996: June 20.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Contracts — Breach of contract — Damages — Sale of real property — Damages in lieu of specific performance — Vendor refusing to close sale of property to purchaser — Purchaser suing for damages in lieu of specific performance — Property values rising after closing date — Whether damages should be assessed as of date of trial — Whether purchaser entitled to recover increase in value of property to be purchased and retain increase in value of own unsold residence.

In August 1986, the respondent purchaser agreed to buy a house under construction in the Toronto area from the appellant vendor SP for \$205,000, with a closing date of October 31, 1986. To finance the purchase, the respondent was going to pay \$75,000 cash, plus \$130,000 which he was going to raise by mortgaging his current house. The respondent negotiated a six-month open mortgage, so that he could close the deal on the new house and then sell his old one at an appropriate time in the six months following closing. Before the closing date, the appellant vendor reneged and in December 1986 title to the house was taken by the appellant BP. The respondent remained in his old house, which was worth \$190,000 in the fall of 1986, and \$300,000 at the time of the trial. The respondent sued the appellants for specific performance or damages in lieu thereof. At the time of trial, the market value of the property to be purchased was \$325,000. The respondent elected to take damages rather than specific performance and the Ontario Court (General Division) awarded him \$120,000, being the difference between the purchase price he had agreed to pay and the value of the

**Sinnadurai Paramadevan et Blossom
Paramadevan Appellants**

c.

Bernard Semelhago Intimé

RÉPERTORIÉ: SEMELHAGO c. PARAMADEVAN

N° du greffe: 24325.

1996: 31 janvier; 1996: 20 juin.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Contrats — Inexécution de contrat — Dommages-intérêts — Vente d'immeuble — Dommages-intérêts au lieu de l'exécution intégrale — Vendeur refusant de compléter la vente d'un immeuble à l'acquéreur — Acquéreur intentant une action en vue d'obtenir des dommages-intérêts au lieu de l'exécution intégrale — Augmentation de la valeur des immeubles après la date fixée pour transférer la propriété — Les dommages-intérêts devraient-ils être évalués à la date du procès? — L'acquéreur avait-il droit à la plus-value de l'immeuble qu'il devait acheter et à celle de sa propre résidence invendue?

En août 1986, l'acquéreur intimé a convenu d'acheter au vendeur appellant SP, pour la somme de 205 000 \$, une maison en construction dans la région de Toronto, la date fixée pour transférer la propriété étant le 31 octobre 1986. Pour financer l'achat, l'intimé verserait la somme de 75 000 \$ en argent comptant, plus la somme de 130 000 \$ qu'il obtiendrait en hypothéquant la maison qu'il habitait déjà. L'intimé a négocié un prêt hypothécaire de six mois remboursable par anticipation, qui devait lui permettre de conclure le marché concernant la nouvelle maison puis de vendre son ancienne maison en temps opportun dans les six mois suivant le transfert de la propriété. Avant la date fixée pour transférer la propriété, le vendeur appellant s'est rétracté et, en décembre 1986, l'appelante BP a acquis le titre de propriété de la maison. L'intimé est demeuré dans son ancienne maison dont la valeur, établie à 190 000 \$ à l'automne 1986, était passée à 300 000 \$ au moment du procès. L'intimé a intenté contre les appelants une action en exécution intégrale ou, subsidiairement, en dommages-intérêts. Au moment du procès, la valeur marchande de la propriété s'élevait à 325 000 \$. L'intimé a opté pour des dom-

property at the time of trial. The appellants appealed on the ground that the assessment was a "windfall" because the respondent was benefiting not only from the increase in the value of the new house, but also from the gain in the value of the old house. The Court of Appeal allowed the appeal, deducting from the amount awarded at trial the carrying costs of the \$130,000 mortgage for six months, notional interest earned on the \$75,000, and legal costs on closing. The respondent's cross-appeal against the disallowance of legal and appraisal fees was also allowed.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: While specific performance should not be granted as a matter of course absent evidence that the property is unique, this case was dealt with by the parties throughout on the assumption that specific performance was an appropriate remedy, and this appeal should thus be disposed of on that basis. A party who is entitled to specific performance is entitled to elect damages in lieu thereof. Damages are normally assessed at the date of breach in the case of breach of contract for the sale of goods. The rationale for this rule is that if the innocent purchaser is compensated on the basis of the value of the goods as of the date of breach, the purchaser can turn around and purchase identical or equivalent goods. Given the flexibility of the rule at common law as to the date for the assessment of damages, it would not be appropriate to insist on applying the date of breach as the assessment date when the purchaser of a unique asset has a legitimate claim to specific performance and elects to take damages instead. It is not inconsistent with the rules of the common law to assess damages as of the date of trial. The rationale that the innocent purchaser is fully compensated if provided with the amount of money that would purchase an asset of the same value on the date of the breach no longer applies where the claim for specific performance has been maintained until the commencement of the trial. Moreover, the claim for specific performance revives the contract to the extent that the defendant who has failed to perform can avoid a breach if at any time up to the date of judgment, performance is tendered. In the circumstances of this case, the appropriate date for the assessment of damages is the date of trial. The increase in value of the respondent's residence which he retained when the deal did not close should not be deducted from the amount of

gages-intérêts plutôt que pour l'exécution intégrale et la Cour de l'Ontario (Division générale) lui a accordé la somme de 120 000 \$ qui représentait la différence entre le prix d'achat convenu et la valeur de la propriété au moment du procès. Les appelants ont interjeté appel en faisant valoir que l'évaluation constituait un «profit inattendu» puisque l'intimé bénéficiait non seulement de la plus-value de la nouvelle maison, mais aussi de celle de son ancienne maison. La Cour d'appel a accueilli l'appel, déduisant de la somme accordée au procès les coûts financiers du prêt hypothécaire de 130 000 \$ pour six mois, l'intérêt théorique touché sur la somme de 75 000 \$ et des frais juridiques au moment fixé pour transférer la propriété. L'appel incident interjeté par l'intimé contre le rejet de ses frais juridiques et de ses frais d'évaluation a également été accueilli.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Même si l'exécution intégrale ne devrait pas être accordée automatiquement en l'absence de preuve que le bien en cause est unique, les parties ont, devant toutes les cours, traité l'affaire en tenant pour acquis que l'exécution intégrale était une réparation appropriée, et il y a donc lieu de statuer sur le présent pourvoi en fonction de cela. Il est loisible à la partie qui a droit à l'exécution intégrale de lui substituer une demande de dommages-intérêts. Dans le cas d'un contrat de vente d'objets, l'évaluation des dommages-intérêts se fait normalement à la date de rupture du contrat. Le raisonnement qui sous-tend cette règle veut que si l'acquéreur innocent est indemnisé en fonction de la valeur des objets à la date de la rupture, il puisse se retourner et acheter des objets identiques ou équivalents. Étant donné la souplesse de la règle de common law quant à la date de l'évaluation des dommages-intérêts, il ne conviendrait pas de choisir la date de rupture du contrat comme date d'évaluation lorsque l'acquéreur d'un bien unique est légitimement en droit de réclamer l'exécution intégrale et qu'il choisit plutôt d'accepter des dommages-intérêts. Il n'est pas incompatible avec les règles de common law d'évaluer les dommages-intérêts à la date du procès. Le raisonnement voulant que l'acquéreur innocent soit indemnisé intégralement s'il reçoit la somme d'argent qui lui permettrait d'acheter un bien de même valeur à la date de la rupture du contrat ne s'applique plus lorsque la demande d'exécution intégrale a été maintenue jusqu'à l'ouverture du procès. En outre, la demande d'exécution intégrale réactive le contrat dans la mesure où le défendeur en défaut peut éviter la rupture du contrat en offrant d'exécuter son obligation, en tout temps avant la date du jugement. Dans les circonstances de la présente affaire, la date appropriée

damages awarded. If the respondent had received a decree of specific performance, he would have had the property contracted for and retained the amount of the rise in value of his own property. Since there was no cross-appeal with respect to the deductions made by the Court of Appeal, they are not at issue here.

Per La Forest J.: Sopinka J.'s proposed disposition of this case was agreed with. The circumstances giving rise to entitlement to specific performance or generally the interpretation that should be given to the legislation authorizing the award of damages in lieu of specific performance should not be dealt with, however, in view of the assumption on which the case was argued.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *306793 Ontario Ltd. in Trust v. Rimes* (1979), 25 O.R. (2d) 79, leave to appeal refused, [1979] 2 S.C.R. xi; *Leeds Industrial Co-operative Society, Ltd. v. Slack*, [1924] A.C. 851; *Wroth v. Tyler*, [1974] 1 Ch. 30; *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367; *Mavretic v. Bowman*, [1993] 4 W.W.R. 329; *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Roberto v. Bumb*, [1943] O.R. 299; *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. v. Roy*, [1952] 2 S.C.R. 465; *Nepean Carleton Developments Ltd. v. Hope*, [1978] 1 S.C.R. 427; *Chaulk v. Fairview Construction Ltd.* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 13; *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *McNabb v. Smith* (1981), 124 D.L.R. (3d) 547.

Statutes and Regulations Cited

Chancery Amendment Act, 1858 (U.K.), 21 & 22 Vict., c. 27.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 99.

Authors Cited

McGregor on Damages, 13th ed. By Harvey McGregor. London: Sweet & Maxwell, 1972.

pour évaluer les dommages-intérêts est la date du procès. La plus-value de la résidence de l'intimé que ce dernier a conservée lorsque le marché n'a pas été conclu ne devrait pas être déduite du montant des dommages-intérêts accordés. Si l'intimé avait obtenu une ordonnance d'exécution intégrale, il aurait acquis le bien visé par le contrat et conservé le montant de la plus-value de son propre bien. Étant donné que les déductions faites par la Cour d'appel n'ont fait l'objet d'aucun pourvoi incident, elles ne sont pas en cause en l'espèce.

Le juge La Forest: Il y a accord avec le dispositif proposé par le juge Sopinka, en l'espèce. Cependant, compte tenu de la présomption en fonction de laquelle l'affaire a été débattue, il n'y a pas lieu de traiter des circonstances qui donnent droit à l'exécution intégrale ou, de manière générale, de la façon dont on devrait interpréter la mesure législative qui permet d'accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner l'exécution intégrale.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *306793 Ontario Ltd. in Trust c. Rimes* (1979), 25 O.R. (2d) 79, autorisation de pourvoi refusée, [1979] 2 R.C.S. xi; *Leeds Industrial Co-operative Society, Ltd. c. Slack*, [1924] A.C. 851; *Wroth c. Tyler*, [1974] 1 Ch. 30; *Johnson c. Agnew*, [1980] A.C. 367; *Mavretic c. Bowman*, [1993] 4 W.W.R. 329; *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Roberto c. Bumb*, [1943] O.R. 299; *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. c. Roy*, [1952] 2 R.C.S. 465; *Nepean Carleton Developments Ltd. c. Hope*, [1978] 1 R.C.S. 427; *Chaulk c. Fairview Construction Ltd.* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 13; *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *McNabb c. Smith* (1981), 124 D.L.R. (3d) 547.

Lois et règlements cités

Chancery Amendment Act, 1858 (R.-U.), 21 & 22 Vict., ch. 27.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 99.

Doctrine citée

McGregor on Damages, 13th ed. By Harvey McGregor. London: Sweet & Maxwell, 1972.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 479, 39 R.P.R. (2d) 215, 73 O.A.C. 295, allowing an appeal and cross-appeal from a decision of Corbett J. awarding damages in lieu of specific performance. Appeal dismissed.

John Swan and Barbra H. Miller, for the appellants.

Martin Sclisizzi and Orlando Da Silva, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

1 LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and I agree with his proposed disposition in the circumstances of this case. However, given the assumption under which the case was argued, I prefer not to deal with the circumstances giving rise to entitlement to specific performance or generally the interpretation that should be given to the legislation authorizing the award of damages in lieu of specific performance. In considering modification to existing law, both these interdependent factors may well require examination, and the arguments in this case were not made in those terms.

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

2 SOPINKA J. — This appeal concerns the principles that apply in awarding damages in lieu of specific performance. The appellant vendor refused to close a transaction for the sale of residential property to the respondent purchaser. The latter sued for specific performance and, in the alternative, damages in lieu thereof. At the commencement of the trial, the respondent elected the latter. Subsequent to the date fixed for closing, property values rose. If the closing date is the date on which damages are assessed, the respondent would not recover the increase in the value of the property he agreed to purchase. If, however, damages are assessed as of the date of trial, the question is

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 479, 39 R.P.R. (2d) 215, 73 O.A.C. 295, qui a accueilli un appel principal et un appel incident contre une décision du juge Corbett d'accorder des dommages-intérêts au lieu de l'exécution intégrale. Pourvoi rejeté.

John Swan et Barbra H. Miller, pour les appelants.

Martin Sclisizzi et Orlando Da Silva, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Sopinka et je souscris au dispositif qu'il propose dans les circonstances de la présente affaire. Cependant, compte tenu de la présomption en fonction de laquelle l'affaire a été débattue, je préfère ne pas traiter des circonstances qui donnent droit à l'exécution intégrale ou, de manière générale, de la façon dont on devrait interpréter la mesure législative qui permet d'accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner l'exécution intégrale. En examinant la possibilité de modifier le droit existant, il peut se révéler nécessaire d'analyser ces deux facteurs interdépendants, et l'argumentation en l'espèce n'a pas été présentée sous cet angle.

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur les principes applicables lorsqu'on accorde des dommages-intérêts au lieu d'ordonner l'exécution intégrale. Le vendeur appelant a refusé de compléter la vente d'un immeuble résidentiel à l'acquéreur intimé. Ce dernier a intenté une action en exécution intégrale et, subsidiairement, en obtention de dommages-intérêts. À l'ouverture du procès, l'intimé a opté pour le deuxième recours. La valeur de l'immeuble a augmenté après la date fixée pour transférer la propriété. Si les dommages-intérêts sont évalués à la date du transfert de la propriété, l'intimé n'obtiendra pas la plus-value de l'immeuble qu'il a convenu d'acheter. Cependant, si

whether the respondent is entitled to recover not only this increase but also to retain the increase in value of the residence which the respondent owned at the time of the agreement of purchase and sale and which was not sold as a result of the aborted transaction.

I. Facts

In August 1986, the respondent purchaser agreed to buy a house under construction in the Toronto area from the appellant vendor Sinnadurai Paramadevan for \$205,000, with a closing date of October 31, 1986. To finance the purchase, the respondent was going to pay \$75,000 cash, plus \$130,000 which he was going to raise by mortgaging his current house. The respondent negotiated a six-month open mortgage, so that he could close the deal on the new house and then sell his old one at an appropriate time in the six months following closing. Before the closing date, the appellant vendor reneged and in December 1986, title to the house was taken by the appellant Blossom Paramadevan. The respondent stayed in his old house, which was worth \$190,000 in the fall of 1986, and \$300,000 at the time of the trial.

The respondent sued the appellants for specific performance or damages in lieu thereof and put a caution on the title. At the time of trial, the market value of the property was \$325,000. The respondent elected to take damages rather than specific performance and on December 5, 1990, Corbett J. of the Ontario Court of Justice (General Division) awarded him \$120,000, that being the difference between the purchase price he had agreed to pay and the value of the property at the time of trial. The appellants appealed to the Court of Appeal for Ontario on the ground that the assessment was a "windfall" because the respondent was benefiting not only from the increase in the value of the new house, but also from the gain in the value of the old house. The respondent cross-appealed against the disallowance of legal and appraisal fees. On June 17, 1994, the Court of Appeal allowed the

les dommages-intérêts sont évalués à la date du procès, il faut alors décider si l'intimé a droit non seulement à cette plus-value, mais également à celle de la résidence qui lui appartenait au moment du contrat de vente et qu'il n'a pas vendue en raison de l'échec de l'opération.

I. Les faits

En août 1986, l'acquéreur intimé a convenu d'acheter au vendeur appellant Sinnadurai Paramadevan, pour la somme de 205 000 \$, une maison en construction dans la région de Toronto, la date fixée pour transférer la propriété étant le 31 octobre 1986. Pour financer l'achat, l'intimé verserait la somme de 75 000 \$ en argent comptant, plus la somme de 130 000 \$ qu'il obtiendrait en hypothéquant la maison qu'il habitait déjà. L'intimé a négocié un prêt hypothécaire de six mois remboursable par anticipation, qui devait lui permettre de conclure le marché concernant la nouvelle maison puis de vendre son ancienne maison en temps opportun dans les six mois suivant le transfert de la propriété. Avant la date fixée pour transférer la propriété, le vendeur appellant s'est rétracté et, en décembre 1986, l'appelante Blossom Paramadevan a acquis le titre de propriété de la maison. L'intimé a conservé son ancienne maison dont la valeur, établie à 190 000 \$ à l'automne 1986, était passée à 300 000 \$ au moment du procès.

L'intimé a intenté contre les appelants une action en exécution intégrale ou, subsidiairement, en dommages-intérêts, et a déposé un avertissement relatif au titre de propriété. Au moment du procès, la valeur marchande de la propriété s'élevait à 325 000 \$. L'intimé a opté pour des dommages-intérêts plutôt que pour l'exécution intégrale et, le 5 décembre 1990, le juge Corbett, de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale), lui a accordé la somme de 120 000 \$ qui représentait la différence entre le prix d'achat convenu et la valeur de la propriété au moment du procès. Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario en faisant valoir que l'évaluation constituait un «profit inattendu» puisque l'intimé bénéficiait non seulement de la plus-value de la nouvelle maison, mais aussi de celle de son ancienne maison. L'intimé a interjeté un appel

appeal and the cross-appeal: (1994), 19 O.R. (3d) 479, 39 R.P.R. (2d) 215, 73 O.A.C. 295.

II. Judgments Below

A. Ontario Court of Justice (General Division)

5 Corbett J. concluded that she was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *306793 Ontario Ltd. in Trust v. Rimes* (1979), 25 O.R. (2d) 79 (leave to appeal refused, [1979] 2 S.C.R. xi):

In this case, we have evidence of various reference points with respect to the measure of damages, the first being the difference between the contract price and the value which is \$120,000. This measure of damages was expressly adopted in *306793 Ontario Limited in trust v. Rimes*. . . .

The Court held that adopting the learned trial judge's approach would not be giving a true alternative to specific performance and that the true loss was the difference between the original purchase price and the reasonable estimate of the value at the date of trial. . . .

This approach, although it was criticized . . . is still the law in Ontario today at this time.

6 Corbett J. examined the respondent's proposed assessment of damages which consisted of "a calculation of the increase in value of property between the date fixed for closing and the date of trial less the cost to gain the benefit of the increased value. He took the market value of the subject property, deducted the purchase price, deducted the carrying costs of the \$130,000 mortgage for six months being \$6,716.04". Corbett J. found that the respondent "would have sold his own property in order to finance the acquisition of the subject property and, therefore, had obtained the \$130,000 mortgage open for six months". Corbett J. then found that the respondent "further deducted notional interest earned by [him] on the \$75,000 which he was going to put as part of the

incident contre le rejet de ses frais juridiques et de ses frais d'évaluation. Le 17 juin 1994, la Cour d'appel a accueilli l'appel principal et l'appel incident: (1994), 19 O.R. (3d) 479, 39 R.P.R. (2d) 215, 73 O.A.C. 295.

II. Les juridictions inférieures

A. Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Le juge Corbett a conclu qu'elle était liée par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *306793 Ontario Ltd. in Trust c. Rimes* (1979), 25 O.R. (2d) 79 (autorisation de pourvoi refusée, [1979] 2 R.C.S. xi):

[TRADUCTION] En l'espèce, nous avons en preuve divers points de référence pour l'évaluation des dommages-intérêts, dont le premier est la différence entre le prix prévu au contrat et la valeur qui est de 120 000 \$. Cette évaluation des dommages-intérêts a été expressément adoptée dans *306793 Ontario Limited in trust c. Rimes*. . . .

La cour a conclu que l'adoption du point de vue du juge de première instance ne constituerait pas une vraie solution de rechange à l'exécution intégrale et que la perte réelle était la différence entre le prix d'achat original et le montant d'évaluation raisonnable à la date du procès. . . .

Même s'il a fait l'objet de critiques [. . .] ce point de vue constitue toujours le droit applicable en Ontario à l'heure actuelle.

Le juge Corbett a examiné l'évaluation des dommages-intérêts proposée par l'intimé, qui reposait sur [TRADUCTION] «un calcul de la plus-value du bien entre la date fixée pour transférer la propriété et la date du procès, moins les frais engagés pour profiter de cette plus-value. Il a pris la valeur marchande de l'immeuble en cause, en a déduit le prix d'achat de même que les coûts financiers du prêt hypothécaire de 130 000 \$ pour six mois, soit la somme de 6 716,04 \$». Le juge Corbett a conclu que l'intimé [TRADUCTION] «aurait vendu son bien pour financer l'acquisition du bien en cause et qu'il avait donc obtenu la somme de 130 000 \$ en contractant un prêt hypothécaire de six mois remboursable par anticipation». Elle a ensuite constaté que l'intimé avait

purchase price from his own money, being \$30,000 less and he deducted legal costs on closing of \$2,473.75 for a net amount of damages of \$80,810.21". Corbett J. pointed out that this approach was specifically rejected by the Court of Appeal's decision in *Rimes* "which is binding upon me".

Corbett J. stated that:

There is no question that to award damages on the basis of the *Rimes* case does result in a windfall to the plaintiff. I considered other methods of calculating the damages. For example, if the contract had been carried out, the purchaser would today be the owner of a house worth \$325,000 rather than having a property worth \$300,000. It would not in my view be unreasonable to calculate the loss on this basis at \$25,000.

I also considered a method which has less appeal than the above method, namely that the difference in the increase in value of the defendant's property when compared with the plaintiff's property might be considered. The rise in the plaintiff's property was from \$190,000 to \$300,000, namely \$110,000 and the defendant's increased by \$115,000. The defendant therefore experienced a greater increase in value which put the damages at \$5,000.

Corbett J. added that she

might have been inclined on the facts of this case to consider that specific performance was not an appropriate remedy and to assess damages as I have indicated on some other basis. However, there is no sufficient jurisprudence for me to adopt that approach, but I will set out reasons why the question presented itself on the facts of this case.

First of all, the subject property was not unique. It was a building lot under construction which would be interchangeable in all likelihood with any number of others. Second, there is no evidence in this case that the plaintiff did look for other residences or other dwellings. Third, the plaintiff in this case was going to finance the purchase with the sale of his own dwelling so that he continued to have his own dwelling in order to assist in the purchase of the property. Fourth, the

[TRADUCTION] «en outre déduit l'intérêt théorique [qu'il a] touché sur la somme de 75 000 \$ qu'il allait verser de sa poche comme partie du prix d'achat, soit la somme de 30 000 \$, et il a déduit des frais juridiques au moment fixé pour transférer la propriété, soit la somme de 2 473,75 \$, ce qui représentait un montant net de dommages-intérêts de 80 810,21 \$». Le juge Corbett a souligné que ce point de vue avait été expressément rejeté dans l'arrêt *Rimes* de la Cour d'appel, qu'elle était [TRADUCTION] «tenue de suivre».

Elle a dit ceci:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que l'attribution de dommages-intérêts fondée sur l'arrêt *Rimes* entraîne un profit inattendu pour le demandeur. J'ai examiné d'autres façons de calculer les dommages-intérêts. Par exemple, si le contrat avait été exécuté, l'acquéreur serait aujourd'hui propriétaire d'une maison de 325 000 \$ plutôt que d'un bien valant 300 000 \$. À mon avis, il ne serait pas déraisonnable d'évaluer ainsi la perte à 25 000 \$.

J'ai aussi examiné une méthode moins attrayante que celle précitée, selon laquelle on pourrait tenir compte de la différence entre la plus-value du bien du défendeur et celle du bien du demandeur. La valeur du bien du demandeur est passée de 190 000 \$ à 300 000 \$, soit une hausse de 110 000 \$, tandis que la valeur du bien du défendeur a augmenté de 115 000 \$. Le défendeur a donc bénéficié d'une plus-value supérieure, ce qui permet de fixer les dommages-intérêts à 5 000 \$.

Le juge Corbett ajoute que

[TRADUCTION] les faits de la présente affaire auraient pu m'amener à penser que l'exécution intégrale n'était pas une réparation appropriée et à évaluer les dommages-intérêts comme je l'ai indiqué, en fonction d'autre chose. Toutefois, il n'y a pas de jurisprudence suffisante pour que j'adopte ce point de vue, mais je vais exposer les raisons pour lesquelles la question s'est posée selon les faits de la présente affaire.

Premièrement, la propriété en cause n'était pas unique. Il s'agissait d'un lot en construction qui pouvait vraisemblablement être interchangé avec bien d'autres. Deuxièmement, il n'y a, en l'espèce, aucune preuve que le demandeur a cherché d'autres résidences ou maisons d'habitation. Troisièmement, le demandeur en l'espèce devait financer l'achat en vendant sa propre demeure de sorte qu'il est demeuré propriétaire de sa propre maison qui devait l'aider à acquérir la nouvelle propriété. Qua-

plaintiff has retained his own property and received the benefit of the increase in value of that house. Fifth, both of the parties to this transaction were sophisticated dealers in real estate.

Corbett J. concluded that:

There is no question that to award damages on the basis of the *Rimes* case does result in a windfall to the plaintiff. . . .

I am constrained to follow the *Rimes* case so long as specific performance is a lawful remedy when Agreements of Purchase and Sale are not concluded or are, in the circumstances of this case, wrongfully not concluded.

I therefore find that I must award damages in the amount of the difference between the contract price and the value given close to trial; namely \$120,000.

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 19 O.R. (3d) 479

8

Austin J.A., for the court, reviewed the decision in *Rimes* and concluded that “[t]hose are not the facts of the case now before the court” (p. 481). Austin J.A. stated that the object of an award of damages for breach of contract was to “put the injured party into the position in which he would have been had the contract been performed, in so far as that is possible by the payment of money” (p. 482). Austin J.A. concluded that the appellants’ proposal that the respondent be awarded \$10,000, that being the difference between the increase in the value of the new house and the increase in value of the old house, “would achieve little, if any, of this objective” (p. 482). Austin J.A. then considered the respondent’s alternative assessment (explained above in the review of the trial decision) and concluded (at p. 482) that:

The trial judge rejected this approach because of *Rimes*. This case, however, like most damage claims, turned on its own peculiar facts. This alternative approach attempts to track the events as the trial judge found they would have unfolded, and attempts to put the

trièmement, le demandeur a conservé sa propriété et a tiré profit de la plus-value de cette maison. Cinquièmement, les deux parties à cette opération étaient des négociants expérimentés en matière immobilière.

Elle conclut en ces termes:

[TRADUCTION] Il n’y a pas de doute que l’attribution de dommage-intérêts fondée sur l’arrêt *Rimes* entraîne un profit inattendu pour le demandeur . . .

Je suis obligée de suivre l’arrêt *Rimes* dans la mesure où l’exécution intégrale est une réparation légitime lorsque des contrats de vente ne sont pas conclus ou, comme en l’espèce, ne sont pas conclus à tort.

Je conclus donc qu’il me faut accorder des dommages-intérêts correspondant à la différence entre le prix prévu au contrat et la valeur attribuée à une date rapprochée du procès, soit la somme de 120 000 \$.

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 479

Le juge Austin a examiné, au nom de la cour, l’arrêt *Rimes* et a conclu que [TRADUCTION] «[c]es faits ne correspondent pas à ceux dont notre cour est maintenant saisie» (p. 481). Il a affirmé que les dommages-intérêts pour inexécution de contrat ont pour objet de [TRADUCTION] «placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté, dans la mesure où cela peut être accompli par le versement d’une somme d’argent» (p. 482). Il a conclu que la proposition des appelants que l’intimé reçoive la somme de 10 000 \$, correspondant à la différence entre la plus-value de la nouvelle maison et celle de l’ancienne maison, [TRADUCTION] «ne permettrait guère, voire pas du tout, d’atteindre cet objectif» (p. 482). Le juge Austin a ensuite examiné l’évaluation subsidiaire proposée par l’intimé (expliquée plus haut dans l’examen des motifs du jugement de première instance) et il a conclu (à la p. 482):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a rejeté ce point de vue à cause de l’arrêt *Rimes*. Toutefois, la présente affaire, à l’instar de la plupart des demandes de dommages-intérêts, est un cas d’espèce. Ce point de vue subsidiaire tente de retracer les événements tels que le

purchaser, to the extent that money can do it, in the position he would have been had the sale closed. In light of the trial judge's findings of fact, the alternative approach comes closer to the compensatory goal than does the approach followed by the trial judge.

In addition to the foregoing sum [\$80,810.21], the purchaser is entitled to out-of-pocket expenses of \$673.75 for legal fees and \$250 for appraisal fees. These items were dealt with by the trial judge, but seem to have been omitted from the formal judgment.

In the result I would allow both the appeal and the cross-appeal. I would amend para. 1 of the judgment by striking out the figure \$120,000 and substituting therefor the figure of \$81,733.96.

III. Issue

What principles apply to the assessment of damages in lieu of specific performance and, further, how do those principles apply to the facts of this case?

IV. Analysis

The trial judge expressed reservations about the propriety of an award of specific performance in this case. While I share those reservations and will return to the question as to the circumstances under which specific performance is an appropriate remedy, this appeal should be disposed of on the basis that specific performance was appropriate. The case was dealt with by the parties in both courts below and in this Court on the assumption that specific performance was an appropriate remedy.

A party who is entitled to specific performance is entitled to elect damages in lieu thereof. The jurisdiction to award damages in lieu of specific performance was conferred on the Court of Chancery by *The Chancery Amendment Act, 1858* (U.K.), 21 & 22 Vict., c. 27 (known as *Lord Cairns' Act*). Although the Act was repealed, in *Leeds Industrial Co-operative Society, Ltd. v. Slack*, [1924] A.C. 851, the House of Lords established that the jurisdiction to award damages in

le juge de première instance en a établi le déroulement, et de placer l'acquéreur, dans la mesure où l'argent peut permettre de le faire, dans la situation où il se serait trouvé si la vente avait eu lieu. Compte tenu des conclusions de fait du juge de première instance, le point de vue subsidiaire se rapproche davantage de l'objectif d'indemnisation que ne le fait le point de vue adopté par le juge de première instance.

En plus de la somme susmentionnée [80 810,21 \$], l'acquéreur a droit aux montants de 673,75 \$ et de 250 \$ déboursés respectivement pour les frais juridiques et les frais d'évaluation. Ces sommes ont été traitées par le juge de première instance, mais elles semblent avoir été omises dans le jugement même.

En définitive, j'accueillerais à la fois l'appel principal et l'appel incident. Je modifierais le premier paragraphe du jugement en en supprimant le chiffre de 120 000 \$ pour lui substituer celui de 81 733,96 \$.

III. La question en litige

Quels principes s'appliquent à l'évaluation des dommages-intérêts accordés au lieu de l'exécution intégrale, et comment ces principes s'appliquent-ils aux faits de la présente affaire?

IV. Analyse

Le juge de première instance a émis des réserves sur l'opportunité d'ordonner l'exécution intégrale en l'espèce. Même si je partage ces réserves et que je reviendrai sur la question des circonstances dans lesquelles l'exécution intégrale est une réparation appropriée, il y a lieu de trancher le présent pourvoi en tenant pour acquis que l'exécution intégrale était appropriée. Les parties ont traité l'affaire devant les deux tribunaux d'instance inférieure et devant notre Cour en tenant pour acquis que l'exécution intégrale était une réparation appropriée.

Il est loisible à la partie qui a droit à l'exécution intégrale de lui substituer une demande de dommages-intérêts. La compétence pour accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner l'exécution intégrale a été conférée à la Cour de la chancellerie par *The Chancery Amendment Act, 1858* (R.-U.), 21 & 22 Vict., ch. 27 (connue sous le nom de *Loi de lord Cairns*). Bien que cette loi ait été abrogée, la Chambre des Lords a, dans l'arrêt *Leeds Industrial Co-operative Society, Ltd. c. Slack*, [1924]

9

10

11

lieu of specific performance was maintained. This jurisdiction exists as part of the law of Ontario by virtue of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 99, which provides:

99. A court that has jurisdiction to grant an injunction or order specific performance may award damages in addition to, or in substitution for, the injunction or specific performance.

12 *Lord Cairns' Act* permits damages to be awarded in some circumstances in which no claim for damages could be entertained at common law. See *Leeds, supra*, and *Wroth v. Tyler*, [1974] 1 Ch. 30, at p. 57. In cases in which damages could also be claimed at common law, the principles generally applicable are those of the common law. In *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, at pp. 400-401, Lord Wilberforce stated that:

(2) The general principle for the assessment of damages is compensatory, i.e., that the innocent party is to be placed, so far as money can do so, in the same position as if the contract had been performed. Where the contract is one of sale, this principle normally leads to assessment of damages as at the date of the breach — a principle recognised and embodied in section 51 of the Sale of Goods Act 1893. But this is not an absolute rule: if to follow it would give rise to injustice, the court has power to fix such other date as may be appropriate in the circumstances.

13 The rationale for assessing the damages at the date of breach in the case of breach of contract for the sale of goods is that if the innocent purchaser is compensated on the basis of the value of the goods as of the date of breach, the purchaser can turn around and purchase identical or equivalent goods. The purchaser is therefore placed in the same financial situation as if the contract had been kept.

14 Different considerations apply where the thing which is to be purchased is unique. Although some chattels such as rare paintings fall into this cate-

A.C. 851, conclu que la compétence pour accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner l'exécution intégrale était conservée. Cette compétence fait partie du droit de l'Ontario en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 99, qui prévoit:

99 Le tribunal qui a compétence pour accorder une injonction ou ordonner l'exécution en nature peut, en sus ou au lieu de l'injonction ou de l'exécution en nature, adjuger des dommages-intérêts.

La *Loi de lord Cairns* permet d'accorder des dommages-intérêts dans certaines circonstances où aucune demande de dommages-intérêts ne pourrait être entendue en common law. Voir les arrêts *Leeds*, précité, et *Wroth c. Tyler*, [1974] 1 Ch. 30, à la p. 57. Dans les affaires où des dommages-intérêts pourraient également être réclamés en common law, ce sont généralement les principes de common law qui s'appliquent. Dans l'arrêt *Johnson c. Agnew*, [1980] A.C. 367, aux pp. 400 et 401, lord Wilberforce affirme:

[TRADUCTION] (2) Le principe général de l'évaluation des dommages-intérêts est de nature compensatoire, c'est-à-dire que la partie innocente doit être placée, dans la mesure où l'argent peut permettre de le faire, dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente, ce principe conduit normalement à une évaluation des dommages-intérêts à la date de la rupture — un principe reconnu et consacré à l'article 51 de la Sale of Goods Act 1893. Mais il ne s'agit pas là d'une règle absolue: si son application donne lieu à une injustice, la cour a le pouvoir de fixer toute autre date qui peut convenir dans les circonstances.

Le raisonnement qui sous-tend l'évaluation des dommages-intérêts à la date de la rupture d'un contrat de vente d'objets veut que si l'acquéreur innocent est indemnisé en fonction de la valeur des objets à la date de la rupture, il puisse se retourner et acheter des objets identiques ou équivalents. L'acquéreur est donc placé dans la situation financière où il serait trouvé si le contrat avait été respecté.

Des considérations différentes s'appliquent lorsque l'objet qui doit être acheté est unique. Bien que certains biens meubles, comme des peintures

gory, the concept of uniqueness has traditionally been peculiarly applicable to agreements for the purchase of real estate. Under the common law every piece of real estate was generally considered to be unique. Blackacre had no readily available equivalent. Accordingly, damages were an inadequate remedy and the innocent purchaser was generally entitled to specific performance. Given the flexibility of the rule at common law as to the date for the assessment of damages, it would not be appropriate to insist on applying the date of breach as the assessment date when the purchaser of a unique asset has a legitimate claim to specific performance and elects to take damages instead (see *Wroth v. Tyler*; *Johnson v. Agnew*; and *Mavretic v. Bowman*, [1993] 4 W.W.R. 329). The rationale that the innocent purchaser is fully compensated, if provided with the amount of money that would purchase an asset of the same value on the date of the breach, no longer applies. This disposition would not be a substitute for an order of specific performance. The order for specific performance may issue many months or even years after the breach. The value of the asset may have changed.

Moreover, the claim for specific performance revives the contract to the extent that the defendant who has failed to perform can avoid a breach if at any time up to the date of judgment, performance is tendered. In cases such as the one at bar, where the vendor reneges in anticipation of performance, the innocent party has two options. He or she may accept the repudiation and treat the agreement as being at an end. In that event, both parties are relieved from performing any outstanding obligations and the injured party may commence an action for damages. Alternatively, the injured party may decline to accept the repudiation and continue to insist on performance. In that case, the contract continues in force and neither party is relieved of their obligations under the agreement. As is elaborated in *McGregor on Damages* (13th ed. 1972), at p. 149:

rare, tombent dans cette catégorie, la notion d'unicité a été particulièrement applicable, traditionnellement, aux contrats d'achat de biens immeubles. Sous le régime de la common law, chaque bien immeuble était généralement considéré comme unique. Un bien-fonds n'avait jamais d'équivalent. Par conséquent, les dommages-intérêts constituaient une réparation inadéquate et l'acquéreur innocent avait généralement droit à l'exécution intégrale. Étant donné la souplesse de la règle de common law quant à la date de l'évaluation des dommages-intérêts, il ne conviendrait pas de choisir la date de rupture du contrat comme date d'évaluation lorsque l'acquéreur d'un bien unique est légitimement en droit de réclamer l'exécution intégrale et qu'il choisit plutôt d'accepter des dommages-intérêts (voir *Wroth c. Tyler*, *Johnson c. Agnew* et *Mavretic c. Bowman*, [1993] 4 W.W.R. 329). Le raisonnement voulant que l'acquéreur innocent soit indemnisé intégralement s'il reçoit la somme d'argent qui lui permettrait d'acheter un bien de même valeur à la date de la rupture du contrat ne s'applique plus. Cette mesure ne remplacerait pas une ordonnance d'exécution intégrale. L'ordonnance d'exécution intégrale peut être rendue nombre de mois ou d'années après la rupture du contrat. La valeur du bien peut avoir changé.

En outre, la demande d'exécution intégrale réactive le contrat dans la mesure où le défendeur en défaut peut éviter la rupture du contrat en offrant d'exécuter son obligation, en tout temps avant la date du jugement. Dans des cas comme celui dont nous sommes saisis, où le vendeur se rétracte avant l'exécution, deux choix s'offrent à la partie innocente. Elle peut accepter la résiliation du contrat et le considérer comme ayant pris fin. En l'occurrence, les deux parties sont libérées de leurs obligations respectives, et la partie lésée peut intenter une action en dommages-intérêts. Par contre, la partie lésée peut refuser d'accepter la résiliation du contrat et continuer d'en réclamer l'exécution. Dans ce cas, le contrat demeure en vigueur et aucune des parties n'est libérée des obligations qu'il leur impose. Comme on l'explique dans *McGregor on Damages* (13^e éd. 1972), à la p. 149:

Where a party to a contract repudiates it, the other party has an option to accept or not to accept the repudiation. If he does not accept it there is still no breach of contract, and the contract subsists for the benefit of both parties and no need to mitigate arises. On the other hand, if the repudiation is accepted this results in an anticipatory breach of contract in respect of which suit can be brought at once for damages

Thus, the claim for specific performance can be seen as reviving the contract to the extent that the defendant who has failed to perform can avoid a breach if, at any time up to the date of judgment, performance is tendered. In this way, a claim for specific performance has the effect of postponing the date of breach.

16

For all of these reasons, it is not inconsistent with the rules of the common law to assess damages as of the date of trial. It must be remembered that the rules of the common law did not contemplate awarding damages as a substitute for specific performance. The rules of the common law must be applied in light of the statutory imperative contained in s. 99 of the *Courts of Justice Act*. The damages that are awarded must be a true substitute for specific performance. This point is forcefully made by Megarry J. in *Wroth v. Tyler*. In that case, the purchaser had contracted for the purchase of a house for £6,000. The vendor defaulted. On the closing date, the property was worth £7,500. As of the date of trial the property was worth £11,500. In assessing damages as of the date of trial, Megarry J. stated, at p. 58:

On the wording of the section, the power "to award damages to the party injured, . . . in substitution for such . . . specific performance," at least envisages that the damages awarded will in fact constitute a true substitute for specific performance. Furthermore, the section is speaking of the time when the court is making its decision to award damages in substitution for specific performance, so that it is at that moment that the damages must be a substitute. The fact that a different amount of damages would have been a substitute if the order had been made at the time of the breach must surely be irrelevant. In the case before me, I cannot see

[TRADUCTION] Lorsqu'une partie à un contrat le résilie, l'autre partie a le choix d'en accepter ou de ne pas en accepter la résiliation. Si elle ne l'accepte pas, il n'y a pas encore rupture, le contrat subsiste à l'avantage des deux parties et il n'y a aucun besoin de limiter le préjudice. Par contre, l'acceptation de la résiliation entraîne une inexécution anticipée du contrat, qui donne immédiatement ouverture à des poursuites en dommages-intérêts . . .

Ainsi, la demande d'exécution intégrale peut être perçue comme une réactivation du contrat dans la mesure où le défendeur en défaut peut éviter la rupture de contrat en offrant d'exécuter son obligation, en tout temps avant la date du jugement. C'est ainsi qu'une demande d'exécution intégrale a pour effet de reporter la date de rupture.

Pour toutes ces raisons, il n'est pas incompatible avec les règles de common law d'évaluer les dommages-intérêts à la date du procès. Il faut se rappeler que les règles de common law ne prévoyaient pas l'attribution de dommages-intérêts au lieu d'une ordonnance d'exécution intégrale. Les règles de common law doivent être appliquées à la lumière de la règle de droit contenue à l'art. 99 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Les dommages-intérêts accordés doivent vraiment remplacer l'exécution intégrale. Le juge Megarry insiste avec vigueur sur ce point dans l'arrêt *Wroth c. Tyler*. Dans cette affaire, l'acquéreur avait convenu, par contrat, d'acheter une maison au prix de 6 000 £. Le vendeur n'a pas respecté son engagement. À la date fixée pour transférer la propriété, le bien valait 7 500 £. À la date du procès, la valeur du bien était passée à 11 500 £. En évaluant les dommages-intérêts à la date du procès, le juge Megarry affirme, à la p. 58:

[TRADUCTION] Selon le texte de l'article, le pouvoir «d'accorder des dommages-intérêts à la partie lésée, [. . .] au lieu d'ordonner pareille [. . .] exécution intégrale» suppose au moins que les dommages-intérêts accordés remplaceront véritablement l'exécution intégrale. En outre, cet article parle du moment où les tribunaux prennent la décision d'accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner l'exécution intégrale, de sorte que c'est à ce moment que les dommages-intérêts doivent être une solution de remplacement. Le fait qu'un montant de dommages-intérêts différent aurait été une solution de remplacement si l'ordonnance avait été

how £1,500 damages would constitute any true substitute for a decree of specific performance of the contract to convey land which at the time of the decree is worth £5,500 more than the contract price.

At p. 59 Megarry J. added:

Yet on principle I would say simply that damages “in substitution” for specific performance must be a substitute, giving as nearly as may be what specific performance would have given. [Emphasis added.]

This was also the basis upon which *Rimes* was decided by the Ontario Court of Appeal. The reasons for judgment of MacKinnon A.C.J.O. cite *Wroth v. Tyler* with approval, pointing out that that case was not overruled by *Johnson v. Agnew*, *supra*. I agree with that observation. In *Johnson v. Agnew*, Lord Wilberforce, speaking for the House of Lords, concluded that in view of the flexibility of the common law rule with respect to the date for the assessment of damages to which I have referred, the view taken by Megarry J. in *Wroth v. Tyler* was consistent with the common law.

I therefore conclude that, in the circumstances of this case, the appropriate date for the assessment of damages is the date of trial as found by the trial judge. Technically speaking, the date of assessment should be the date of judgment. That is the date upon which specific performance is ordered. For practical purposes, however, the evidence that is adduced which is relevant to enable damages to be assessed will be as of the date of trial. It is not usually possible to predict the date of judgment when the evidence is given.

The difference between the contract price and the value “given close to trial” as found by the trial judge is \$120,000. I would not deduct from this amount the increase in value of the respondent’s residence which he retained when the deal did not close. If the respondent had received a decree of specific performance, he would have had the prop-

rendue au moment de la rupture du contrat n’est sûrement pas pertinent. Dans la présente affaire, je ne puis voir comment des dommages-intérêts de 1 500 £ remplaceraient véritablement une ordonnance d’exécution intégrale du contrat de cession d’un terrain qui, au moment de l’ordonnance, vaut 5 500 £ de plus que le prix prévu au contrat.

À la page 59, le juge Megarry ajoute:

[TRADUCTION] Pourtant, j’affirmerais simplement, en principe, que des dommages-intérêts «au lieu» de l’exécution intégrale doivent être une solution de remplacement, qui produit le plus possible ce que l’exécution intégrale aurait produit. [Je souligne.]

C’est aussi ce sur quoi la Cour d’appel de l’Ontario s’est appuyée pour trancher l’affaire *Rimes*. Dans ses motifs de jugement, le juge en chef adjoint MacKinnon cite et approuve l’arrêt *Wroth c. Tyler*, soulignant que cet arrêt n’a pas été renversé par l’arrêt *Johnson c. Agnew*, précité. Je suis d’accord avec cette observation. Dans l’arrêt *Johnson c. Agnew*, lord Wilberforce a conclu, au nom de la Chambre des lords, qu’étant donné la souplesse de la règle de common law en ce qui concerne la date d’évaluation des dommages-intérêts que j’ai évoquée, le point de vue adopté par le juge Megarry dans l’arrêt *Wroth c. Tyler* était conforme à la common law.

Je conclus donc que, dans les circonstances de la présente affaire, la date appropriée pour évaluer les dommages-intérêts est la date du procès, comme l’a conclu le juge de première instance. En théorie, la date d’évaluation devrait être la date du jugement, à savoir la date à laquelle l’exécution intégrale est ordonnée. En pratique, toutefois, la preuve pertinente pour permettre d’évaluer les dommages-intérêts sera celle qui est disponible à la date du procès. Il n’est pas possible habituellement de prédire la date du jugement au moment où la preuve est produite.

Le juge de première instance a fixé à 120 000 \$ la différence entre le prix prévu au contrat et la valeur [TRADUCTION] «attribuée à une date rapprochée du procès». Je ne déduirais pas de ce montant la plus-value de la résidence de l’intimé que ce dernier a conservée lorsque le marché n’a pas été conclu. Si l’intimé avait obtenu une ordonnance

17

18

19

erty contracted for and retained the amount of the rise in value of his own property. Damages are to be substituted for the decree of specific performance. I see no basis for deductions that are not related to the value of the property which was the subject of the contract. To make such deductions would depart from the principle that damages are to be a true equivalent of specific performance.

d'exécution intégrale, il aurait acquis le bien visé par le contrat et conservé le montant de la plus-value de son propre bien. Les dommages-intérêts doivent remplacer une ordonnance d'exécution intégrale. Je ne vois aucun motif de faire des déductions qui n'ont rien à voir avec la valeur du bien visé par le contrat. Faire de telles déductions dérogerait au principe selon lequel les dommages-intérêts doivent correspondre véritablement à l'exécution intégrale.

20 This approach may appear to be overly generous to the respondent in this case and other like cases and may be seen as a windfall. In my opinion, this criticism is valid if the property agreed to be purchased is not unique. While at one time the common law regarded every piece of real estate to be unique, with the progress of modern real estate development this is no longer the case. Residential, business and industrial properties are all mass produced much in the same way as other consumer products. If a deal falls through for one property, another is frequently, though not always, readily available.

Cette solution peut paraître trop généreuse pour l'intimé en l'espèce comme dans d'autres affaires semblables, et être perçue comme un profit inattendu. À mon avis, cette critique est valide si le bien qu'on a convenu d'acheter n'est pas unique. Même si, à une certaine époque, la common law considérait chaque bien immeuble comme étant unique, ce n'est plus le cas avec l'évolution du développement immobilier moderne. Toutes les propriétés, qu'elles soient résidentielles, commerciales ou industrielles, sont maintenant produites en série de la même façon que les autres biens de consommation. Si un marché concernant une propriété échoue, il s'en présente souvent, mais pas toujours, un autre.

21 It is no longer appropriate, therefore, to maintain a distinction in the approach to specific performance as between realty and personalty. It cannot be assumed that damages for breach of contract for the purchase and sale of real estate will be an inadequate remedy in all cases. The common law recognized that the distinction might not be valid when the land had no peculiar or special value. In *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, Sir John Leach, V.C., stated (at p. 240):

Il ne convient donc plus, en abordant la question de l'exécution intégrale, de maintenir une distinction entre biens immeubles et biens meubles. On ne saurait présumer que des dommages-intérêts pour la rupture du contrat de vente d'un immeuble constitueront une réparation inadéquate dans tous les cas. La common law reconnaissait que la distinction pourrait ne pas être valide lorsque le bien-fonds n'avait aucune valeur particulière. Dans *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, le vice-chancelier sir John Leach affirme (à la p. 240):

Courts of Equity decree the specific performance of contracts, not upon any distinction between realty and personalty, but because damages at law may not, in the particular case, afford a complete remedy. Thus a Court of Equity decrees performance of a contract for land, not because of the real nature of the land, but because damages at law, which must be calculated upon the general money value of land, may not be a complete

[TRADUCTION] Les tribunaux d'*equity* ordonnent l'exécution intégrale de contrats, non pas en raison d'une distinction entre biens immeubles et biens meubles, mais parce qu'il se peut que les dommages-intérêts accordés en vertu de la common law, dans une affaire donnée, ne constituent pas une réparation complète. Ainsi, un tribunal d'*equity* ordonne l'exécution d'un contrat relatif à un terrain non pas en raison de la nature immobilière du terrain, mais parce qu'il se peut que les dommages-intérêts en common law, qui doivent

remedy to the purchaser, to whom the land may have a peculiar and special value.

Courts have tended, however, to simply treat all real estate as being unique and to decree specific performance unless there was some other reason for refusing equitable relief. See *Roberto v. Bumb*, [1943] O.R. 299 (C.A.), at p. 311; *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. v. Roy*, [1952] 2 S.C.R. 465; *Nepean Carleton Developments Ltd. v. Hope*, [1978] 1 S.C.R. 427, at p. 438. Some courts, however, have begun to question the assumption that damages will afford an inadequate remedy for breach of contract for the purchase of land. In *Chaulk v. Fairview Construction Ltd.* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 13, the Newfoundland Court of Appeal (*per* Gushue J.A.), after quoting the above passage from *Adderley v. Dixon*, stated, at p. 21:

The question here is whether damages would have afforded Chaulk an adequate remedy, and I have no doubt that they could, and would, have. There was nothing whatever unique or irreplaceable about the houses and lots bargained for. They were merely subdivision lots with houses, all of the same general design, built on them, which the respondent was purchasing for investment or re-sale purposes only. He had sold the first two almost immediately at a profit, and intended to do the same with the remainder. It would be quite different if we were dealing with a house or houses which were of a particular architectural design, or were situated in a particularly desirable location, but this was certainly not the case.

Specific performance should, therefore, not be granted as a matter of course absent evidence that the property is unique to the extent that its substitute would not be readily available. The guideline proposed by Estey J. in *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, with respect to contracts involving chattels is equally applicable to real property. At p. 668, Estey J. stated:

être calculés selon la valeur monétaire générale du terrain, ne constituent pas une réparation complète pour l'acquéreur pour qui ce terrain peut avoir une valeur particulière.

Les tribunaux ont toutefois eu tendance à considérer simplement tous les biens immeubles comme étant uniques, et à ordonner l'exécution intégrale à moins qu'il n'existe quelque autre raison de refuser une réparation fondée sur l'*equity*. Voir *Roberto c. Bumb*, [1943] O.R. 299 (C.A.), à la p. 311; *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. c. Roy*, [1952] 2 R.C.S. 465; *Nepean Carleton Developments Ltd. c. Hope*, [1978] 1 R.C.S. 427, à la p. 438. Certains tribunaux ont toutefois commencé à mettre en doute la présomption que des dommages-intérêts ne constitueront pas une réparation adéquate pour la rupture d'un contrat d'achat de terrain. Dans l'arrêt *Chaulk c. Fairview Construction Ltd.* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 13, après avoir cité l'extrait susmentionné de l'arrêt *Adderley c. Dixon*, la Cour d'appel de Terre-Neuve (le juge Gushue) affirme, à la p. 21:

[TRADUCTION] La question qui se pose ici est de savoir si des dommages-intérêts auraient pu être une réparation adéquate pour Chaulk, et je ne doute pas qu'ils auraient pu l'être et l'auraient été. Il n'y avait absolument rien d'unique ou d'irremplaçable dans les maisons et les lots négociés. Il s'agissait uniquement de lots sur lesquels étaient construites des maisons de même modèle général, que l'intimé achetait à des fins de placement ou de revente seulement. Il venait à peine de vendre les deux premières à profit, et il voulait faire de même avec les autres. Il en serait tout autrement s'il s'agissait d'une seule ou de plusieurs maisons qui présentaient une architecture particulière, ou qui étaient particulièrement bien situées, mais ce n'était certainement pas le cas en l'espèce.

L'exécution intégrale ne devrait donc pas être accordée automatiquement en l'absence de preuve que le bien en cause est unique en ce sens qu'il ne serait pas facile de le remplacer par un autre bien. La ligne directrice proposée par le juge Estey dans l'arrêt *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, à l'égard des contrats visant des biens meubles est également applicable aux biens immeubles. À la page 668, le juge Estey affirme:

Before a plaintiff can rely on a claim to specific performance so as to insulate himself from the consequences of failing to procure alternate property in mitigation of his losses, some fair, real and substantial justification for his claim to performance must be found.

A similar position has been taken by the British Columbia Supreme Court in *McNabb v. Smith* (1981), 124 D.L.R. (3d) 547, at p. 551.

Pour qu'un demandeur puisse invoquer une action en exécution intégrale pour justifier son omission d'acheter des biens de remplacement pour limiter le préjudice, son action en exécution intégrale doit être fondée sur des motifs équitables, réels et importants.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a adopté un point de vue semblable dans l'arrêt *McNabb c. Smith* (1981), 124 D.L.R. (3d) 547, à la p. 551.

23 The trial judge was of the view in this case that the property was not unique. She stated that, "It was a building lot under construction which would be interchangeable in all likelihood with any number of others." Notwithstanding this observation, she felt constrained by authority to find that specific performance was an appropriate remedy. While I would be inclined to agree with the trial judge as to the inappropriateness of an order for specific performance, both parties were content to present the case on the basis that the respondent was entitled to specific performance. The case was dealt with on this basis by the Court of Appeal. In the circumstances, this Court should abide by the manner in which the case has been presented by the parties and decided in the courts below. In future cases, under similar circumstances, a trial judge will not be constrained to find that specific performance is an appropriate remedy.

Le juge de première instance estimait que le bien, en l'espèce, n'était pas unique. Elle a dit qu'il [TRADUCTION] «s'agissait d'un lot en construction qui pouvait vraisemblablement être interchangé avec bien d'autres». Nonobstant cette observation, elle s'est sentie tenue par la jurisprudence de conclure que l'exécution intégrale était une réparation appropriée. Même si je serais porté à souscrire à l'avis du juge de première instance quant à l'inopportunité d'ordonner l'exécution intégrale, les parties se sont toutes deux contentées de soumettre leur preuve en tenant pour acquis que l'intimé avait droit à l'exécution intégrale. La Cour d'appel a examiné l'affaire en fonction de cette hypothèse. Dans les circonstances, notre Cour devrait s'en tenir à la façon dont l'affaire a été soumise par les parties et tranchée par les tribunaux d'instance inférieure. À l'avenir, dans des circonstances semblables, un juge de première instance ne sera pas obligé de conclure que l'exécution intégrale est une réparation appropriée.

24 This takes me to the deductions made by the Court of Appeal. While I have some reservations about the propriety of these deductions, there was no cross-appeal by the respondent with respect to the award of damages. No argument was presented with respect to these deductions. My reservations relate to the basis upon which the Court of Appeal distinguished *Rimes*. In this regard, the Court stated (at p. 481):

Ceci m'amène aux déductions faites par la Cour d'appel. Bien que j'aie certaines réserves quant au bien-fondé de ces déductions, l'intimé n'a formé aucun pourvoi incident à l'égard de l'attribution de dommages-intérêts. Ces déductions n'ont fait l'objet d'aucune argumentation. Mes réserves portent sur le fondement sur lequel la Cour d'appel s'est appuyée pour établir une distinction d'avec *Rimes*. À cet égard, la cour affirme, à la p. 481:

Those are not the facts of the case now before the court. In this case, the purchaser is not a shell and the trial judge found that the evidence established what probably would have happened had the transaction closed.

[TRADUCTION] Ces faits ne correspondent pas à ceux dont notre cour est maintenant saisie. Dans la présente affaire, l'acquéreur n'est pas une coquille vide, et le juge de première instance a conclu que la preuve établissait ce qui serait probablement arrivé si l'opération avait été complétée.

On my reading of the reasons of MacKinnon A.C.J.O. in *Rimes*, the principal reason for deciding not to deduct the carrying charges was that to do so would be inconsistent with adopting the date of trial as the assessment date. I am not convinced that there is an inconsistency but would prefer not to express any further opinion on the question inasmuch as there is no cross-appeal and these matters are not in issue here.

The Court of Appeal added out-of-pocket expenses of \$673.75 for legal fees and \$250 for appraisal fees, amounts which were apparently inadvertently omitted from the judgment at trial. There was no dispute about these items.

Disposition

In the result, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Aird & Berlis, Toronto.

Solicitors for the respondent: Borden & Elliot, Toronto.

25
Selon mon interprétation des motifs du juge en chef adjoint MacKinnon dans l'arrêt *Rimes*, la principale raison pour laquelle on a décidé de ne pas déduire les frais financiers était que cela serait incompatible avec l'adoption de la date du procès comme date d'évaluation des dommages-intérêts. Je ne suis pas convaincu qu'il y ait incompatibilité, mais je préférerais ne pas me prononcer davantage sur cette question puisqu'aucun pourvoi incident n'a été formé et que ces questions ne sont pas en litige en l'espèce.

26
La Cour d'appel a ajouté des débours de 673,75 \$ pour les frais juridiques et de 250 \$ pour les frais d'évaluation, sommes qui semblent avoir été omises par inadvertance dans le jugement de première instance. Ces sommes n'étaient pas contestées.

Dispositif

27
En définitive, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Aird & Berlis, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Borden & Elliot, Toronto.

Prince Rupert Grain Ltd. *Appellant*

v.

International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 *Respondent*

and

Grain Workers Union, Local 333 *Respondent*

and

Canada Labour Relations Board *Respondent*

INDEXED AS: INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION, SHIP AND DOCK FOREMEN, LOCAL 514 v. PRINCE RUPERT GRAIN LTD.

File No.: 24428.

1996: February 1; 1996: June 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour relations — Canada Labour Relations Board — Jurisdiction — Certification — Whether Board had jurisdiction to conclude that bargaining unit proposed by union was not appropriate — If so, whether decision was patently unreasonable.

The appellant joined the BC Terminal Elevator Operators' Association in 1980 and has carried on its labour relations as a member since that time. In 1993, the ILWU applied to the Board for certification as bargaining agent for a unit of foremen employed by the appellant. The Board rejected the application and indicated that the appropriate unit consisted of all the foremen employed by all the members of the Association, including the appellant. In assessing the appropriateness of the proposed bargaining unit, the Board reviewed the labour relations history of the grain industry on the west coast, emphasizing the need for stability in labour relations in that industry. The Board noted that the appellant's foremen shared a sufficient community of interest with the

Prince Rupert Grain Ltd. *Appelante*

c.

Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 *Intimé*

et

Grain Workers Union, section locale 333 *Intimé*

et

Conseil canadien des relations du travail *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT INTERNATIONAL DES DÉBARDEURS ET MAGASINIERS, SHIP AND DOCK FOREMEN, SECTION LOCALE 514 c. PRINCE RUPERT GRAIN LTD.

N° du greffe: 24428.

1996: 1^{er} février; 1996: 20 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Relations de travail — Conseil canadien des relations du travail — Compétence — Accréditation — Le Conseil avait-il compétence pour conclure que l'unité de négociation proposée par le syndicat n'était pas habile à négocier collectivement? — Dans l'affirmative, sa décision était-elle manifestement déraisonnable?

L'appelante a adhéré à la BC Terminal Elevator Operators' Association en 1980 et agit depuis lors, dans ses relations de travail, comme membre de cette association. En 1993, le SIDM a présenté au Conseil une demande d'accréditation comme agent négociateur d'une unité formée des contremaîtres de l'appelante. Le Conseil a rejeté cette demande et a indiqué que l'unité habile à négocier collectivement était composée de tous les contremaîtres de tous les membres de l'Association, dont l'appelante. Pour déterminer si l'unité de négociation proposée était habile à négocier, le Conseil a fait l'histoire des relations du travail dans le secteur des grains sur la côte ouest, soulignant le besoin de stabilité des relations du travail dans ce secteur. Le Conseil a fait

foremen of other members of the Association to warrant their inclusion in the same bargaining unit. It also noted that, in several decisions, it had consistently favoured a multi-employer unit for operational employees in the grain handling industry on the west coast and that there was no evidence justifying a modification to its previous description of the appropriate unit as encompassing all foremen employed by all the members of the Association. The Federal Court of Appeal set aside the Board's decision, concluding that it had acted outside its jurisdiction. In view of the Board's decision, the union could never obtain certification as the bargaining agent unless it agreed to include the affected employees in the multi-employer unit found by the Board to be the only appropriate one. The Board cannot, pursuant to s. 33 of the *Canada Labour Code*, impose a multi-employer unit without the union's consent.

Held: The appeal should be allowed.

Labour relations boards are a highly specialized type of administrative tribunal and, in protecting their decisions by broad privative clauses, Parliament and provincial legislatures have indicated that decisions of these boards on matters within their jurisdiction should be final and binding. Courts should thus exercise deferential caution in their assessment of the jurisdiction of labour boards and be slow to find an absence or excess of jurisdiction. Courts reviewing the jurisdiction of a board should adopt the pragmatic and functional approach articulated in *Bibeault*. A reading of ss. 24, 27 and 28 of the *Canada Labour Code* clearly reveals that Parliament intended to confer on the Board a broad jurisdiction to determine whether or not a unit is appropriate for collective bargaining. Indeed, the legislation imposes upon the Board a mandatory obligation to do so. Consequently, upon the submission of an application for certification, there cannot be an automatic acceptance of the proposed unit. Rather the Board must determine whether, in its opinion, the proposed unit is appropriate and, if it is not, it cannot be certified. That decision requires the Board to exercise its skills and expert knowledge in the field of labour relations and must be reached in the context of the factual situation presented to the Board. It is a decision that is uniquely appropriate for a labour board to make. Here, the Board concluded that the bargaining unit suggested by the union was not appropriate and it did not exceed its jurisdiction by suggesting an appropriate composition for the

remarquer que les contremaîtres de l'appelante avaient suffisamment d'intérêts en commun avec les contremaîtres des autres membres de l'Association pour justifier leur inclusion dans la même unité de négociation. Il a aussi fait remarquer que, dans plusieurs de ses décisions, il avait constamment favorisé la formation d'une unité multipatronale pour les employés affectés à l'exploitation dans le secteur de la manutention des grains sur la côte ouest, et qu'il n'y avait aucune preuve qui justifiait de remplacer la définition qu'il avait antérieurement arrêtée, selon laquelle l'unité habile à négocier comprenait tous les contremaîtres de tous les membres de l'Association. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision du Conseil, concluant qu'il avait excédé sa compétence. Compte tenu de la décision du Conseil, le syndicat ne pourrait jamais obtenir l'accréditation comme agent négociateur à moins de consentir à inclure les employés touchés dans l'unité multipatronale qui, selon le Conseil, est la seule habile à négocier. Selon l'art. 33 du *Code canadien du travail*, le Conseil ne peut pas imposer une unité multipatronale sans le consentement du syndicat.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les commissions des relations du travail sont des tribunaux administratifs hautement spécialisés et, en protégeant leurs décisions au moyen de clauses privatives générales, le Parlement et les législatures provinciales ont indiqué que les décisions de ces tribunaux administratifs sur des questions relevant de leur compétence devraient être finales et lier les parties. Les cours de justice devraient donc faire preuve de retenue dans leur appréciation de la compétence des commissions des relations du travail et ne pas conclure trop vite à l'absence ou à l'excès de compétence. Lorsqu'elles examinent la compétence d'un tribunal administratif, les cours de justice devraient adopter la méthode pragmatique et fonctionnelle exposée dans l'arrêt *Bibeault*. À la lecture des art. 24, 27 et 28 du *Code canadien du travail*, il devient clair que le Parlement a voulu conférer au Conseil une vaste compétence pour déterminer si une unité est habile ou non à négocier collectivement. En fait, la loi impose au Conseil l'obligation formelle de le faire. Par conséquent, lorsqu'une demande d'accréditation est présentée, il ne saurait y avoir acceptation automatique de l'unité proposée. Au contraire, le Conseil doit déterminer si, à son avis, l'unité proposée est habile à négocier et, si elle ne l'est pas, il ne saurait y avoir accréditation. Cela exige du Conseil qu'il mette à profit ses compétences et ses connaissances spécialisées dans le domaine des relations du travail et qu'il prenne sa décision en fonction des faits qui lui sont soumis. Il s'agit là d'une décision que seule une commission des relations

unit. The Board was very careful not to impose on the union its suggested larger multi-employer unit which it believed to be appropriate and to reflect the reality of the situation. It simply put forward its position as a suggestion and confirmed its open and flexible position on the issue. Finally, s. 33 of the Code has no application in this case since the union's application before the Board was not for certification of a multi-employer bargaining unit and it is clear that the Board did not certify a multi-employer unit in the absence of the union's consent required by that section.

Since the Board had jurisdiction to determine the appropriate bargaining unit and to make a suggestion as to the composition of that unit, its decision must be upheld unless it is found to be patently unreasonable. This conclusion is confirmed by the broad and strongly worded privative clause set out in s. 22 of the *Canada Labour Code*. The Board considered all the relevant statutory provisions and all the pertinent factors which would affect its conclusion as to an appropriate bargaining unit and reached a reasonable decision.

Cases Cited

Distinguished: *Grain Workers Union, Local 333 v. British Columbia Terminal Elevator Operators' Association* (1989), 101 N.R. 105; **referred to:** *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Teamsters Union v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *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; *Island Medical Laboratories Ltd. and H.S.A. of British Columbia* (1993), 19 C.L.R.B.R. (2d) 161.

du travail peut rendre. En l'espèce, le Conseil a conclu que l'unité de négociation proposée par le syndicat n'était pas habile à négocier et il n'a pas excédé sa compétence en proposant une composition adéquate pour l'unité en question. Le Conseil a bien pris soin de proposer et non pas d'imposer au syndicat l'unité multipatronale plus vaste qu'il jugeait habile à négocier et qui, selon lui, reflétait bien la situation. Il n'a fait qu'exposer son point de vue, sous forme de suggestion, et confirmer que ce point de vue est souple et non définitif. Enfin, l'art. 33 du Code ne s'applique pas en l'espèce étant donné que la demande soumise au Conseil par le syndicat ne visait pas à obtenir l'accréditation d'une unité de négociation multipatronale, et il est clair que le Conseil n'a pas accrédité une unité multipatronale sans le consentement du syndicat requis par cet article.

Étant donné que le Conseil avait compétence pour déterminer l'unité de négociation habile à négocier et pour faire une suggestion quant à la composition de cette unité, sa décision doit être maintenue à moins qu'elle ne soit jugée manifestement déraisonnable. Cette conclusion est confirmée par la clause privative générale et explicite contenue à l'art. 22 du *Code canadien du travail*. Le Conseil a pris en considération toutes les dispositions législatives applicables et tous les facteurs pertinents qui influeraient sur sa conclusion relative à l'unité de négociation habile à négocier, et il a pris une décision raisonnable.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Grain Workers Union, Local 333 c. British Columbia Terminal Elevator Operators' Association* (1989), 101 N.R. 105; **arrêts mentionnés:** *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Syndicat des camionneurs c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *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; *Island Medical Laboratories Ltd. and H.S.A. of British Columbia* (1993), 19 C.L.R.B.R. (2d) 161.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 3(1) "bargaining unit", "employee", "unit", 16(p)(v), 21, 22 [am. 1990, c. 8, s. 56], 24, 27, 28, 33.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 1995, release No. 4).

Labour Law Casebook Group. *Labour Law*, 5th ed. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1991.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1994), 174 N.R. 255, 30 Admin. L.R. (2d) 227, 94 CLLC ¶ 14,042, allowing an application to review and set aside a decision of the Canada Labour Relations Board (1994), 93 di 164, dismissing an application for certification. Appeal allowed.

R. Alan Francis, for the appellant.

Peter A. Gall, Maryse Tremblay and Andrea Zwack, for the respondent the Canada Labour Relations Board.

Bruce Laughton, for the respondent the International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — There are two issues raised on this appeal. First it must be determined whether the Canada Labour Relations Board ("Board") had jurisdiction to conclude that the bargaining unit proposed by the International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 ("ILWU") was not appropriate. Secondly, if the Board had jurisdiction to make that determination, it must be determined whether the decision was patently unreasonable.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 3(1) «employé», «unité», «unité de négociation», 16p)(v), 21, 22 [mod. 1990, ch. 8, art. 56], 24, 27, 28, 33.

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 1995, release No. 4).

Labour Law Casebook Group. *Labour Law*, 5th ed. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1994), 174 N.R. 255, 30 Admin. L.R. (2d) 227, 94 CLLC ¶ 14,042, qui a accueilli une demande de révision et d'annulation d'une décision du Conseil canadien des relations du travail (1994), 93 di 164, qui avait rejeté une demande d'accréditation. Pourvoi accueilli.

R. Alan Francis, pour l'appelante.

Peter A. Gall, Maryse Tremblay et Andrea Zwack, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.

Bruce Laughton, pour l'intimé le Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, il faut déterminer si le Conseil canadien des relations du travail (le «Conseil») avait compétence pour conclure que l'unité de négociation proposée par le Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 («SIDM») n'était pas habile à négocier collectivement. Deuxièmement, si le Conseil avait cette compétence, il faut décider si sa décision était manifestement déraisonnable?

Factual Background

2 As is so often the case, a review of the facts is essential to an understanding of the issues and their resolution.

3 The movement of grain from the western terminals in Vancouver and Prince Rupert has always been of great economic importance to the country. Yet the labour relations in the industry have been troubled and turbulent. From as early as 1951, the various West Coast grain terminal employers at the port of Vancouver have had coordinated collective bargaining. This led, in 1957, to the formation of the British Columbia Terminal Elevator Operators' Association ("Association"). In 1977, the Association was designated by the Board as the employer for the purposes of the *Canada Labour Code* in respect to all its members, namely the Alberta Wheat Pool, Pioneer Grain Terminal Ltd., Saskatchewan Wheat Pool, United Grain Growers Ltd. and Pacific Elevators Ltd.

4 In 1980, Prince Rupert Grain Ltd. (the appellant) became a member of the Association. It was represented by the Association in the bargaining process and was a party to the industry-wide collective agreements that were negotiated between 1980 and 1983. Although Prince Rupert Grain has never been formally designated by the Board as a member of the Association, the Board specifically found that it has carried on its labour relations as a *de facto* member of the Association and indeed this was not challenged by the ILWU. For the purposes of these reasons Prince Rupert Grain will be considered to be a member of the Association. Nor is there any challenge to the finding of the Board that Prince Rupert Grain has become "intricately integrated in the collective bargaining process with the other members of the Association" ((1994), 93 di 164, at p. 172).

5 In 1983, the ILWU applied to the Board for certification as the bargaining agent for the foremen employed by three of the Association's members, namely the Saskatchewan Wheat Pool, Alberta Wheat Pool and Pioneer Grain Terminal Ltd., at their respective elevators in the port of Vancouver.

Les faits

Comme cela est si souvent le cas, un rappel des faits est essentiel à la compréhension des questions en litige et à leur résolution.

Les expéditions de grains à partir des terminaux de l'Ouest, à Vancouver et à Prince Rupert, ont toujours été d'une grande importance économique pour le pays. Pourtant, les relations du travail dans ce secteur ont été difficiles et tumultueuses. Dès 1951, les employeurs exploitant les divers terminaux céréaliers de la côte ouest, dans le port de Vancouver, avaient mené des négociations collectives coordonnées. Cela a mené, en 1957, à la formation de la British Columbia Terminal Elevator Operators' Association (l'«Association»). En 1977, le Conseil a désigné l'Association comme étant l'employeur aux fins du *Code canadien du travail*, en ce qui concernait tous ses membres, soit l'Alberta Wheat Pool, la Pioneer Grain Terminal Ltd., la Saskatchewan Wheat Pool, l'United Grain Growers Ltd. et la Pacific Elevators Ltd.

En 1980, Prince Rupert Grain Ltd. (l'appelante) est devenue membre de l'Association. Elle était représentée par l'Association lors des négociations et a été partie aux conventions collectives sectorielles négociées entre 1980 et 1983. Bien qu'il n'ait jamais désigné officiellement Prince Rupert Grain comme membre de l'Association, le Conseil a expressément conclu que, dans ses relations de travail, elle avait agi comme un membre de fait de l'Association, ce qui n'a pas été contesté par le SIDM. Pour les fins des présents motifs, Prince Rupert Grain sera considérée comme membre de l'Association. On ne conteste pas non plus la conclusion du Conseil que Prince Rupert Grain s'est «associée étroitement aux autres membres de l'Association pour la négociation collective» ((1994), 93 di 164, à la p. 172).

En 1983, le SIDM a demandé au Conseil à être accrédité comme agent négociateur des contre-maîtres de trois membres de l'Association, soit la Saskatchewan Wheat Pool, l'Alberta Wheat Pool et la Pioneer Grain Terminal Ltd., à leurs terminaux respectifs dans le port de Vancouver.

At that time, the Board rejected the union's application and indicated that the appropriate unit consisted of all the foremen employed by all the members of the Association, including the *de facto* member Prince Rupert Grain. Although a vote was ordered for the employees covered by the multi-employer unit, there was insufficient support for the ILWU to achieve certification. This decision by the Board as to the appropriate bargaining unit was not appealed by the ILWU.

Some labour disputes arose with Prince Rupert Grain as a result of the construction of a highly computerized new terminal and the closure of the old one that need not concern us.

In May 1993, the ILWU applied to the Board for certification as bargaining agent for a unit of foremen employed by Prince Rupert Grain. The application was refused by the Board. That refusal eventually led to this appeal.

Decisions of the Board and the Federal Court of Appeal

Canada Labour Relations Board (1994), 93 di 164

The Board considered the matter at length and gave carefully measured reasons. The Board specifically recognized the significance of the grain handling industry to Canada. It commented upon the frequent work stoppages which had occurred and their unfortunate effect upon the movement of grain in the past. It emphasized the need for stability in labour relations in this industry which had to be balanced against the need to provide employees with access to collective bargaining through appropriate bargaining units.

The Board reviewed the history of collective bargaining between the operators of grain terminals in the port of Vancouver and their employees. It referred to the 1983 application by ILWU to be certified to represent the foremen of three terminals in the port of Vancouver and observed that the

À l'époque, le Conseil a rejeté la demande du syndicat et a indiqué que l'unité habile à négocier collectivement était composée de tous les contremaîtres de tous les membres de l'Association, dont le membre de fait Prince Rupert Grain. Bien qu'un scrutin de représentation ait été ordonné à l'égard des employés faisant partie de l'unité multipatrolaire, l'appui accordé au SIDM a été insuffisant pour lui permettre d'obtenir l'accréditation. Le SIDM n'en a pas appelé de cette décision du Conseil relative à l'unité habile à négocier.

Nous n'avons pas à nous pencher sur les conflits de travail qui sont survenus chez Prince Rupert Grain à la suite de la construction d'un nouveau terminal très informatisé et de la fermeture de l'ancien terminal.

En mai 1993, le SIDM a présenté au Conseil une demande d'accréditation comme agent négociateur d'une unité formée des contremaîtres de Prince Rupert Grain. Le Conseil a rejeté la demande. Ce refus a éventuellement entraîné le présent pourvoi.

Décision du Conseil et arrêt de la Cour d'appel fédérale

Conseil canadien des relations du travail (1994), 93 di 164

Le Conseil a examiné l'affaire en profondeur et a exposé des motifs mûrement réfléchis. Le Conseil a expressément reconnu l'importance du secteur de la manutention des grains pour le Canada. Il a fait des observations sur les arrêts de travail fréquemment survenus dans le passé et sur l'incidence malheureuse qu'ils ont eue sur les expéditions de grains. Il a souligné le besoin de stabilité des relations du travail dans ce secteur, qui devait être soupesé en fonction de la nécessité de donner aux employés accès à la négociation collective grâce à des unités habiles à négocier.

Le Conseil a fait l'historique des négociations collectives entre les exploitants de terminaux céréaliers dans le port de Vancouver et leurs employés. Il a mentionné la demande d'accréditation que le SIDM a présentée, en 1983, afin de représenter les contremaîtres de trois terminaux du

6

7

8

9

Board had rejected that proposed bargaining unit in favour of one including foremen from all the member companies in the Association. It noted that in proceedings begun in 1986 and 1987, the multi-employer unit had been opposed alternatively by the Grain Workers Union, Local 333 and by Prince Rupert Grain. It went on to note that, in contrast to the diametrically opposite positions taken in the earlier proceedings, the Association, Prince Rupert Grain and Local 333 all now supported the multi-employer unit. The Board observed (at p. 169):

In the present application, both the Association and Local 333 were adamantly in favour of the larger multi-employer unit. They argued that the existing *de facto* multi-employer unit for operational employees, which includes Prince Rupert Grain, demonstrates the stability that the larger unit configuration provides.

The positions taken by Local 333 and the employer before the Board in this application contrast dramatically with their previous positions in the applications of 198[6] and 198[7].

10

The Board very clearly recognized that in determining whether a proposed bargaining unit was appropriate, it was required to balance two objectives of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. First, the fundamental right of employees to access to collective bargaining which includes the right to form a bargaining unit. Secondly, the necessity of establishing an appropriate bargaining unit which will foster industrial peace and stability. When it considered these two important and basic objectives the Board gave considerable weight to the *de facto* collective bargaining system which already was in existence. In that system, the interests of the appellant's employees had been well represented in negotiations with the Association. The Board noted that the appellant's foremen shared a sufficient community of interest with the foremen of other members of the Association to

port de Vancouver, et il a fait observer qu'il avait rejeté l'unité de négociation proposée en faveur d'une unité comprenant les contremaîtres de toutes les sociétés membres de l'Association. Il a noté que, dans les procédures engagées en 1986 et 1987, le Grain Workers Union, section locale 333, et Prince Rupert Grain se sont, à tour de rôle, opposés à l'unité multipatronale. Il a également souligné que, contrairement aux positions diamétralement opposées qui avaient été prises dans le cadre des procédures antérieures, l'Association, Prince Rupert Grain et la section locale 333 étaient désormais toutes favorables à une unité multipatronale. Le Conseil fait remarquer, à la p. 169:

En ce qui concerne la présente demande, tant l'Association que la section locale 333 se sont prononcées catégoriquement en faveur de l'unité multipatronale plus grande. Elles soutiennent que l'actuelle unité multipatronale de fait, dans laquelle sont regroupés les employés affectés à l'exploitation, y compris ceux de Prince Rupert Grain, constitue une preuve de la stabilité qu'apporte une unité élargie.

Les positions adoptées par la section locale 333 et l'employeur dans la présente affaire contrastent nettement avec leurs positions dans les demandes présentées en 198[6] et 198[7].

Le Conseil a très clairement reconnu que, pour déterminer si une unité de négociation proposée est habile à négocier collectivement, il lui fallait établir l'équilibre entre deux objectifs du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2. Premièrement, il y a le droit fondamental d'accès à la négociation collective, y compris le droit de former une unité de négociation, que possèdent les employés. Deuxièmement, il y a la nécessité de créer une unité habile à négocier collectivement qui favorisera la paix et la stabilité industrielles. Lorsqu'il a pris en considération ces deux objectifs importants et fondamentaux, le Conseil a accordé une importance considérable au régime de fait de négociation collective qui existait déjà. Dans le cadre de ce régime, les droits des employés de l'appelante avaient été bien représentés lors des négociations avec l'Association. Le Conseil a fait remarquer que les contremaîtres de l'appelante avaient suffisamment d'intérêts en commun avec

warrant their inclusion in the same bargaining unit. On this issue it stated (at p. 171):

... in circumstances where there is an existing collective bargaining regime in place, industrial stability must be given greater weight. To do otherwise would be to ignore the potential pitfalls and industrial instability that multiple units could create.

In determining the appropriate bargaining unit, the Board very properly observed that the factual setting of the case was of great importance. The Board agreed with the following comments made by the British Columbia Labour Relations Board in the case of *Island Medical Laboratories Ltd. and H.S.A. of British Columbia* (1993), 19 C.L.R.B.R. (2d) 161, at p. 187:

Industrial stability, however, has different facets, depending upon whether one is at the *initial* stage of certification or at the *second or additional* stage of certification. At the initial stage of certification, the concern with industrial stability is with the design of the bargaining unit. . . . However, at the second or additional stage of certification the concern is threefold: first, the design of the bargaining unit; second, the proliferation of bargaining units; and third, the relationship not just between the second or additional units and the employer but between the units themselves. As the number of units increases, so does the potential for industrial instability.

At the second or additional stage of certification, among the four criteria cited in *ICBC* — administrative efficiency and convenience, lateral mobility, common framework of employment conditions and industrial stability — we see industrial stability as the most crucial factor. The factors of administrative efficiency and convenience, lateral mobility and a common framework of employment conditions really go to only one factor: the simplification of the administration and negotiation of collective agreements (and thus contribute to industrial stability). It is axiomatic in labour relations that a proliferation of bargaining units increases the potential for industrial instability. [Emphasis added by B.C. Board.]

The Board further noted that in several decisions, it had consistently favoured a multi-employer unit for operational employees in the

les contremaîtres des autres membres de l'Association pour justifier leur inclusion dans la même unité de négociation. À ce sujet, il affirme, à la p. 171:

... dans les cas où un régime de négociation collective est en place, la stabilité industrielle doit peser plus lourd dans la balance. Agir autrement serait faire fi des problèmes et de l'instabilité que de multiples unités risqueraient éventuellement de provoquer.

Le Conseil a tout à fait à bon droit souligné la grande importance que revêt le contexte factuel dans la détermination de l'unité habile à négocier. Il a souscrit aux observations formulées par la Commission des relations du travail de la Colombie-Britannique dans *Island Medical Laboratories Ltd. and H.S.A. of British Columbia* (1993), 19 C.L.R.B.R. (2d) 161, à la p. 187:

[TRADUCTION] La stabilité industrielle prend cependant différents aspects, selon que l'on est à l'étape *initiale* de l'accréditation ou à l'étape *seconde ou subséquente*. À l'étape initiale, le facteur de la stabilité industrielle concerne la définition de l'unité de négociation. [. . .] Cependant, à l'étape seconde ou subséquente de l'accréditation, ce facteur a un triple objet: premièrement, la définition de l'unité de négociation; deuxièmement, la multiplication des unités de négociation; troisièmement, les rapports entre les unités secondes ou subséquentes et l'employeur, mais aussi entre les unités elles-mêmes. Plus les unités sont nombreuses, plus le risque d'instabilité industrielle est grand.

À l'étape seconde ou subséquente de l'accréditation, parmi les quatre critères énoncés dans *ICBC* — soit l'efficacité administrative, la mobilité latérale, la structure commune des conditions de travail et la stabilité industrielle — nous estimons que la stabilité industrielle est le plus important. Les critères d'efficacité administrative, de mobilité latérale et de structure commune des conditions de travail se réduisent tous, au fond, à un seul objet: simplifier l'application et la négociation de conventions collectives (et contribuer ainsi à la stabilité industrielle). Dans les relations du travail, il est manifeste que la multiplication des unités de négociation augmente le risque d'instabilité industrielle. [Les italiques sont de la Commission de la Colombie-Britannique.]

Le Conseil a aussi fait remarquer que, dans plusieurs de ses décisions, il avait constamment favorisé la formation d'une unité multipatronale pour

grain handling industry on the West Coast. The Board concluded (at pp. 172-73):

In the current circumstances, the Board is concerned with the apparent potential for industrial instability that might occur if the unit configuration determined by the Board in its 1983 decision were restructured and single employer units were to become the object of certification applications involving foremen.

The experience in the industry, as it relates to the operational employees, indicates that the "1983" unit provides both the access to employees rights and the industrial stability which the Board must balance in making its determination. The considerations addressed in previous Board decisions and the factors examined herein persuade us that the unit for foremen, as determined appropriate by the Board in 1983, remains an appropriate unit that will ensure both the assertion of employee bargaining rights and industrial stability.

13

The Board then made what appears to be an eminently sensible comment. It stated that in those cases where it had already determined the appropriate unit for collective bargaining (i.e., in this case, its 1983 determination that the appropriate unit would be one including employees from all members of the Association), and an applicant union applies for the certification of a different unit then evidence should be presented to assist the Board by demonstrating, for example, that the unit earlier thought to be appropriate was too difficult to organize. It wrote (at pp. 173-74):

... it stands to reason that the Board should be assisted in its task by evidence that supports the union's claim that the unit described by the Board is either traditionally, or by experience, too difficult to organize.

The Board must presume that the unit configuration which it ascribed is appropriate. If the union applies for another unit it should, from a purely practical perspective, be in a position to provide evidence that the earlier unit is not appropriate. This does not create a burden of proof but rather, if you will, a practical evidential responsibility.

les employés affectés à l'exploitation dans le secteur de la manutention des grains sur la côte ouest. Il conclut, aux pp. 172 et 173:

Dans les circonstances en l'espèce, le Conseil s'inquiète des risques d'instabilité industrielle qui pourraient se poser s'il permettait la restructuration de l'unité définie dans sa décision de 1983 et ouvrirait la porte à des demandes d'accréditation d'unités chez un seul employeur composées de contremaîtres.

Pour ce qui est des employés affectés à l'exploitation, l'expérience démontre que l'unité de 1983 permet à la fois l'exercice de leurs droits par les employés et la stabilité industrielle, qui sont les deux objectifs que le Conseil doit équilibrer lorsqu'il détermine les unités. Les facteurs pris en considération par le Conseil dans ses décisions antérieures et les critères examinés dans la présente affaire nous convainquent que l'unité composée de contremaîtres déterminée habile à négocier en 1983 reste celle qui permet d'assurer tant l'exercice des droits des employés à la négociation collective que la stabilité industrielle.

Le Conseil a ensuite formulé ce qui paraît être une observation des plus judicieuses. Il a affirmé que, dans les cas où il a déjà déterminé l'unité habile à négocier collectivement (par exemple, en l'espèce, sa décision de 1983 que l'unité habile à négocier inclurait les employés de tous les membres de l'Association) et où un syndicat demande l'accréditation d'une unité différente, on devrait présenter au Conseil des éléments de preuve démontrant, par exemple, que l'unité antérieurement jugée habile à négocier est trop difficile à syndiquer. Il écrit, aux pp. 173 et 174:

... il n'est que raisonnable de s'attendre à ce que le syndicat porte à la connaissance du Conseil des éléments de preuve à l'appui de son affirmation selon laquelle l'unité définie par le Conseil se révèle, par tradition ou par expérience, trop difficile à syndiquer.

Le Conseil doit supposer que la définition qu'il a donnée à l'unité est appropriée. S'il présente une demande visant une unité différente, le syndicat devrait, d'un simple point de vue purement pratique, être en mesure de présenter des éléments de preuve démontrant que l'unité déjà définie n'est pas habile à négocier. Cela ne signifie pas qu'il doit s'acquitter du fardeau de la preuve, mais plutôt, pour ainsi dire, qu'il lui incombe en pratique de présenter des éléments de preuve probants.

The Board concluded that there was no evidence of fresh developments or new needs in the field, or of changes occurring in the grain handling industry, or of organizational difficulty which would justify the Board in replacing its 1983 description of the appropriate unit as encompassing all foremen employed by all the members of the Association.

It concluded that industrial stability would best be served by maintaining a unit that included the foremen of the Prince Rupert Grain terminal together with the foremen in Vancouver.

Federal Court of Appeal (1994), 174 N.R. 255

Stone J.A. (McDonald J.A. concurring)

Stone J.A. stated that the two issues to be determined were (1) whether the Board acted without jurisdiction or exceeded its jurisdiction in making the decision in question, and (2) whether the Board's decision should be set aside on the ground that it is patently unreasonable, assuming that it was made within the Board's jurisdiction. Addressing the issues in reverse order, Stone J.A. concluded that if the Board had acted within its jurisdiction, then its decision was not patently unreasonable and should be upheld in light of the privative clause set out in s. 22 of the *Canada Labour Code*.

On the first issue, Stone J.A. concluded that the Board had acted outside its jurisdiction because, in his view, the Board's decision to dismiss the certification application was inseparable from the Board's determination of what it believed to be the appropriate unit for collective bargaining. In the result, the union could never hope to be certified as the bargaining agent unless it agreed to include the affected employees in the multi-employer unit found by the Board to be the only appropriate one. Stone J.A. found that, in reaching its decision, the Board went beyond the limits laid down in the Code. He indicated that he was bound by the decision in *Grain Workers Union, Local 333 v. British*

Le Conseil a conclu qu'il n'y avait aucune preuve établissant l'existence d'une évolution récente ou de nouveaux besoins dans le domaine, ou de changements survenus dans le secteur de la manutention des grains, ou encore de difficultés liées à la syndicalisation, qui justifierait le Conseil de remplacer la définition qu'il a arrêtée en 1983, selon laquelle l'unité habile à négocier comprenait tous les contremaîtres de tous les membres de l'Association.

Il a statué qu'il valait mieux, dans l'intérêt de la stabilité industrielle, maintenir une unité regroupant les contremaîtres du terminal de Prince Rupert Grain et ceux de Vancouver.

Cour d'appel fédérale (1994), 174 N.R. 255

Le juge Stone (avec l'appui du juge McDonald)

Le juge Stone a affirmé que les deux questions qu'il fallait trancher étaient de savoir (1) si le Conseil avait agi sans compétence ou excédé sa compétence en rendant la décision en question, et (2) si la décision du Conseil devrait être annulée pour le motif qu'elle est manifestement déraisonnable, en supposant que le Conseil avait compétence pour la rendre. Examinant ces questions dans l'ordre inverse, le juge Stone a conclu que, si le Conseil avait agi conformément à sa compétence, sa décision ne serait pas alors manifestement déraisonnable et devrait être maintenue à la lumière de la clause privative contenue à l'art. 22 du *Code canadien du travail*.

Le juge Stone a conclu, relativement à la première question, que le Conseil avait excédé sa compétence parce que, selon lui, la décision du Conseil de rejeter la demande d'accréditation était inséparable de sa décision concernant ce qu'il croyait être l'unité habile à négocier collectivement. En définitive, le syndicat ne pourrait jamais espérer être accrédité comme agent négociateur à moins de consentir à inclure les employés touchés dans l'unité multipatronale qui, selon le Conseil, était la seule habile à négocier. Le juge Stone a conclu qu'en prenant cette décision le Conseil a excédé les limites établies par le Code. Il s'est dit lié par l'arrêt *Grain Workers Union, Local 333 c.*

14

15

16

17

Columbia Terminal Elevator Operators' Association (1989), 101 N.R. 105 (F.C.A.), where it was held that the Board may not impose a multi-employer unit pursuant to s. 33 of the Code unless the union concerned has agreed that it should do so. Here, in his view the Board went beyond its jurisdiction since the union did not consent to the Board's determination of the appropriate unit under s. 33.

Marceau J.A. (concurring)

18

Marceau J.A.'s reasons were substantially the same as those of Stone J.A. In finding that the Board lacked jurisdiction to determine that the unit appropriate for collective bargaining must consist of employees of all members of the Association, Marceau J.A. noted that "if it had been understood that the Board, in fulfilling its duty, had the same power to resort to multi-employer units as it has to single-employer ones, s. 33 would have been completely unnecessary" (p. 265).

Relevant Statutory Provisions

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2

3. (1) In this Part,

. . . .

"bargaining unit" means a unit

(a) determined by the Board to be appropriate for collective bargaining, or

(b) to which a collective agreement applies;

. . . .

"employee" means any person employed by an employer and includes a dependent contractor and a private constable, but does not include a person who performs management functions or is employed in a confidential capacity in matters relating to industrial relations;

"unit" means a group of two or more employees.

British Columbia Terminal Elevator Operators' Association (1989), 101 N.R. 105 (C.A.F.), dans lequel on a statué que le Conseil ne peut pas imposer une unité multipatronale, en vertu de l'art. 33 du Code, à moins que le syndicat concerné n'y ait consenti. En l'espèce, selon lui, le Conseil a excédé sa compétence puisque le syndicat n'avait pas donné le consentement, requis par l'art. 33, à la décision du Conseil concernant l'unité habile à négocier.

Le juge Marceau (motifs concordants)

Les motifs du juge Marceau sont essentiellement les mêmes que ceux du juge Stone. En concluant que le Conseil n'avait pas compétence pour statuer que l'unité habile à négocier collectivement devait être composée des employés de tous les membres de l'Association, le juge Marceau a souligné que «s'il avait été entendu qu'en s'acquittant de ses fonctions, le Conseil avait le pouvoir de recourir tout autant à des unités multipatronales qu'à des unités comptant un seul employeur, l'article 33 aurait été parfaitement inutile» (p. 265).

Les dispositions législatives pertinentes

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2

3. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . . .

«employé» Personne travaillant pour un employeur; y sont assimilés les entrepreneurs dépendants et les agents de police privés. Sont exclus du champ d'application de la présente définition les personnes occupant un poste de direction ou un poste de confiance comportant l'accès à des renseignements confidentiels en matière de relations du travail.

. . . .

«unité» Groupe d'au moins deux employés.
«unité de négociation» Unité;

a) soit déclarée par le Conseil habile à négocier collectivement;

b) soit régie par une convention collective.

16. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(p) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

(v) a group of employees is a unit appropriate for collective bargaining,

21. The Board shall exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed on it by this Part, or as may be incidental to the attainment of the objects of this Part, including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with the provisions of this Part, with any regulation made under this Part or with any decision made in respect of a matter before the Board.

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Court Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b), or (e) of that Act.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

24. (1) A trade union seeking to be certified as the bargaining agent for a unit that the trade union considers constitutes a unit appropriate for collective bargaining may, subject to this section and any regulations

16. Le Conseil peut, dans le cadre de toute affaire dont il connaît:

p) trancher, dans le cadre de la présente partie, toute question qui peut se poser à l'occasion de la procédure, et notamment déterminer:

(v) si un groupe d'employés constitue une unité habile à négocier collectivement,

21. Le Conseil exerce les pouvoirs et fonctions que lui confère la présente partie ou qu'implique la réalisation de ses objets, notamment en rendant des ordonnances enjoignant de se conformer à la présente partie, à ses règlements et d'exécuter les décisions qu'il rend sur les questions qui lui sont soumises.

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale* et dans le cadre de cette loi.

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action — décision, ordonnance ou procédure — du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure:

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.

24. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et des règlements d'application de l'alinéa 15e), un syndicat peut solliciter l'accréditation à titre d'agent

made by the Board under paragraph 15(e), apply to the Board for certification as the bargaining agent for the unit.

27. (1) Where a trade union applies under section 24 for certification as the bargaining agent for a unit that the trade union considers appropriate for collective bargaining, the Board shall determine the unit that, in the opinion of the Board, is appropriate for collective bargaining.

(2) In determining whether a unit constitutes a unit that is appropriate for collective bargaining, the Board may include any employees in or exclude any employees from the unit proposed by the trade union.

28. Where the Board

(a) has received from a trade union an application for certification as the bargaining agent for a unit,

(b) has determined the unit that constitutes a unit appropriate for collective bargaining, and

(c) is satisfied that, as of the date of the filing of the application or of such other date as the Board considers appropriate, a majority of the employees in the unit wish to have the trade union represent them as their bargaining agent,

the Board shall, subject to this Part, certify the trade union making the application as the bargaining agent for the bargaining unit.

33. (1) Where a trade union applies for certification as the bargaining agent for a unit comprised of employees of two or more employers who have formed an employers' organization, the Board may designate the employers' organization to be the employer if it is satisfied that each of the employers forming the employers' organization has granted appropriate authority to the employers' organization to enable it to discharge the duties and responsibilities of an employer under this Part.

(2) Where the Board designates an employers' organization as an employer pursuant to subsection (1),

négociateur d'une unité qu'il juge habile à négocier collectivement.

27. (1) Saisi par un syndicat, dans le cadre de l'article 24, d'une demande d'accréditation pour une unité que celui-ci juge habile à négocier collectivement, le Conseil doit déterminer l'unité qui, à son avis, est habile à négocier collectivement.

(2) Dans sa détermination de l'unité habile à négocier collectivement, le Conseil peut ajouter des employés à l'unité proposée par le syndicat ou en retrancher.

28. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil doit accréditer un syndicat lorsque les conditions suivantes sont remplies:

a) il a été saisi par le syndicat d'une demande d'accréditation;

b) il a défini l'unité de négociation habile à négocier collectivement;

c) il est convaincu qu'à la date du dépôt de la demande, ou à celle qu'il estime indiquée, la majorité des employés de l'unité désiraient que le syndicat les représente à titre d'agent négociateur.

33. (1) Dans les cas où l'unité qui fait l'objet de la demande d'accréditation groupe des employés de plusieurs employeurs formant une organisation patronale, le Conseil peut attribuer la qualité d'employeur à celle-ci s'il est convaincu qu'elle a été investie par chacun des employeurs membres des pouvoirs nécessaires à l'exécution des obligations imposées à l'employeur par la présente partie.

(2) La désignation de l'organisation patronale comme employeur a, pour elle et ses membres, les effets suivants:

(a) the employers' organization and each employer forming the employers' organization is bound by any collective agreement entered into by the employers' organization and the trade union concerned; and

(b) this Part applies, except as otherwise provided, as if the employers' organization were an employer.

(3) Where an employer ceases to be a member of an employers' organization or withdraws the authority referred to in subsection (1) that the employer granted to the employers' organization, the employer

(a) continues to be bound by any collective agreement applicable to his employees that was entered into by the employers' organization; and

(b) may be required to commence collective bargaining in accordance with section 48.

Analysis

The first question which must be answered on this appeal can be put in this way. Does the Board have jurisdiction to determine the composition of the appropriate bargaining unit and did the Board have jurisdiction in this case to refuse to certify the bargaining unit proposed and to suggest a different composition for that unit?

At the outset it should be stated, once again, that it would be all too easy for courts to find that empowering provisions of statutes creating administrative tribunals are jurisdictional in nature, thereby increasing the likelihood that their jurisdiction will be unnecessarily limited. The result of adopting such an approach would be that a great many decisions of the tribunals would be required to be correct in the eyes of the courts. There have been very salutary warnings sounded against the courts taking such a position. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("CUPE"), at p. 233, Dickson J., as he then was, framed the warning in these clear words:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and

a) tous les employeurs membres sont comme elle liés par toute convention collective qu'elle conclut avec le syndicat;

b) sauf disposition contraire, la présente partie s'applique comme si l'organisation était un employeur.

(3) L'employeur qui cesse de faire partie d'une organisation patronale ou retire à celle-ci les pouvoirs qu'il lui avait conférés:

a) reste lié par toute convention collective conclue par l'organisation patronale et applicable à ses employés;

b) peut être obligé d'entamer des négociations collectives conformément à l'article 48.

Analyse

La première question à laquelle il faut répondre, en l'espèce, peut être formulée de la façon suivante. Le Conseil a-t-il compétence pour déterminer la composition de l'unité de négociation habile à négocier et avait-il, en l'espèce, compétence pour refuser d'accréditer l'unité de négociation proposée et en suggérer une composition différente?

Au départ, il y a lieu de répéter qu'il serait beaucoup trop facile pour les cours de justice de conclure que les dispositions habilitantes des lois qui créent des tribunaux administratifs sont, par nature, attributives de compétence, ce qui a pour effet d'augmenter les chances que la compétence de ces tribunaux soit limitée inutilement. L'adoption d'un tel point de vue ferait en sorte que de très nombreuses décisions de ces tribunaux devraient être correctes aux yeux des cours de justice. Des avertissements très salutaires ont été lancés contre l'adoption d'un tel point de vue par les cours de justice. 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 («SCFP»), à la p. 233, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, formule l'avertissement en ces termes non équivoques:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un

19

20

therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

21 Similarly, in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at p. 181, Iacobucci J. observed that:

De même, dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, à la p. 181, le juge Iacobucci fait remarquer que:

... when dealing with a tribunal as specialized as the Canada Labour Relations Board, inherent in whose functioning is the need to resolve disputes quickly and with finality, courts should be reluctant to characterize a provision as jurisdictional unless it is clear that it should be so labelled. . . .

... dans le cas d'un tribunal aussi spécialisé que le Conseil canadien des relations du travail, dont le bon fonctionnement requiert un règlement rapide et final des différends, les cours de justice devraient hésiter à qualifier une disposition d'attributive de compétence, à moins que cette qualification ne s'impose clairement . . .

22 To the same effect in *Teamsters Union v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710, Laskin C.J., at p. 724, stated that:

Dans le même sens, le juge en chef Laskin affirme, dans l'arrêt *Syndicat des camionneurs c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, à la p. 724:

... mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions.

... un simple doute quant à l'exactitude d'une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, de résoudre des prétentions contradictoires.

23 If these warnings are not heeded, the operation and indeed the whole concept of administrative tribunals may be jeopardized. These tribunals are often set up to operate in areas where specific expertise, experience, and sensitivity to the particular problems involved are essential to their resolution. Administrative tribunals are designed to function expeditiously, inexpensively, and with less formality than courts. There is little doubt either of the need for these tribunals or of the very important role they fulfil in Canadian society.

Si l'on ne tient pas compte de ces avertissements, c'est le fonctionnement et même tout le concept des tribunaux administratifs qui pourront être en péril. Ces tribunaux sont souvent créés pour œuvrer dans des domaines où des connaissances techniques, une expérience et une attention précises sont indispensables pour résoudre les problèmes particuliers qui se posent. Les tribunaux administratifs sont conçus pour fonctionner rapidement, à peu de frais et moins cérémonieusement que les cours de justice. Il y a peu de doute que ces tribunaux sont nécessaires ou qu'ils jouent un rôle fort important dans la société canadienne.

24 It has often been very properly recognized that labour relations boards exemplify a highly specialized type of administrative tribunal. Their members are experts in administering comprehensive labour statutes which regulate the difficult and often volatile field of labour relations. Through their constant work in this sensitive area, labour boards develop the special experience, skill and understanding needed to resolve the complex

C'est tout à fait à bon droit qu'on a souvent reconnu qu'une commission des relations du travail est l'exemple même du tribunal administratif hautement spécialisé. Ses membres sont des experts dans l'application des lois du travail détaillées qui régissent le domaine difficile et souvent explosif des relations du travail. Par leur travail constant dans ce domaine délicat, les commissions des relations du travail acquièrent une expérience,

problems of labour relations. There were very sound reasons for the establishment of labour boards and the protection of their decisions by broad privative clauses. Parliament and provincial legislatures have clearly indicated that decisions of these boards on matters within their jurisdiction should be final and binding. The courts could all too easily usurp the role of these boards by characterizing the empowering legislation according to their authority as jurisdiction limiting provisions which would require their decisions to be correct in the opinion of the court. Quite simply, courts should exercise deferential caution in their assessment of the jurisdiction of labour boards and be slow to find an absence or excess of jurisdiction.

In Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313, McIntyre J. recognized that labour boards possess a high degree of experience and expertise. He wrote, at pp. 416-17:

Our experience with labour relations has shown that the courts, as a general rule, are not the best arbiters of disputes which arise from time to time. Labour legislation has recognized this fact and has created other procedures and other tribunals for the more expeditious and efficient settlement of labour problems. Problems arising in labour matters frequently involve more than legal questions. Political, social, and economic questions frequently dominate in labour disputes. The legislative creation of conciliation officers, conciliation boards, labour relations boards, and labour dispute-resolving tribunals, has gone far in meeting needs not attainable in the court system. The nature of labour disputes and grievances and the other problems arising in labour matters dictates that special procedures outside the ordinary court system must be employed in their resolution. Judges do not have the expert knowledge always helpful and sometimes necessary in the resolution of labour problems. The courts will generally not be furnished in labour cases, if past experience is to guide us, with an evidentiary base upon which full resolution of the dispute may be made. In my view, it is scarcely contested that specialized labour tribunals are better suited than courts for

des compétences et une compréhension spéciales nécessaires pour résoudre les problèmes complexes des relations du travail. Il y a d'excellentes raisons de créer des commissions des relations du travail et de protéger leurs décisions au moyen de clauses privatives générales. Le Parlement et les législatures provinciales ont clairement indiqué que les décisions de ces tribunaux administratifs sur des questions relevant de leur compétence devraient être finales et lier les parties. Les cours de justice pourraient beaucoup trop facilement usurper le rôle de ces tribunaux en considérant que leur loi habilitante limite leur compétence et exige que leurs décisions soient jugées correctes par les cours de justice. Les cours devraient tout simplement faire preuve de retenue dans leur appréciation de la compétence des commissions des relations du travail et ne pas conclure trop vite à l'absence ou à l'excès de compétence.

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge McIntyre a reconnu que les commissions des relations du travail possèdent une expérience et des connaissances spécialisées considérables. Il écrit, aux pp. 416 et 417:

Notre expérience en matière de relations de travail montre que les tribunaux, en règle générale, ne sont pas les meilleurs arbitres des différends qui peuvent surgir à l'occasion. La législation du travail a reconnu ce fait, en créant d'autres procédures et d'autres tribunaux en vue d'obtenir un règlement plus prompt et efficace des problèmes qui surviennent dans le domaine du travail. Souvent, les problèmes en matière de travail ne se résument pas à des questions juridiques. Des questions politiques, sociales et économiques dominent fréquemment les conflits de travail. La création par voie législative de conciliateurs, de conseils d'arbitrage, de commissions des relations du travail et de tribunaux du travail a permis, dans une large mesure, de répondre à des besoins auxquels ne pouvait satisfaire le système judiciaire. La nature des conflits de travail, des griefs et des autres problèmes qui surgissent dans ce domaine, commande le recours à des procédures spéciales, en dehors du système judiciaire ordinaire, pour les résoudre. Les juges n'ont pas les connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière de travail. Les tribunaux en général ne disposent pas dans ces affaires, si l'expérience passée peut nous guider, d'un fondement probatoire qui puisse permettre

resolving labour problems, except for the resolution of purely legal questions.

26 This position has recently been reiterated in the case of *Canadian Broadcasting Corp., supra*, at pp. 179-80, by Iacobucci J.:

The labour relations tribunal, in its federal and provincial manifestations, is a classic example of an administrative body which is both highly specialized and highly insulated from review. . . . The Canada Labour Relations Board must develop a coherent and workable structure for the application of the numerous statutory provisions which govern the labour relations of the employers and employees whose operations fall within federal jurisdiction. In order for these workers and their employers to receive rapid resolution of their disputes in a manner which can be rationalized with their other rights and duties under the *Canada Labour Code*, the decisions of the Board cannot routinely be overturned by the courts whenever they disagree with the Board's treatment of an isolated issue.

To the same effect are the reasons of the majority in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369.

27 Courts reviewing the jurisdiction of a board to entertain the complaint before it should adopt and be guided by what has been designated the pragmatic and functional approach. See *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. In order to resolve the question, Beetz J. stated that the reviewing court should consider the following factors: (a) the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal; (b) the purpose of the statute creating the tribunal; (c) the reason for the tribunal's existence; (d) the area of expertise of the tribunal's members; and (e) the nature of the problem before the tribunal.

de résoudre complètement le différend. À mon avis, il n'est guère contesté que les tribunaux spécialisés en matière de relations de travail sont mieux équipés que les tribunaux judiciaires pour résoudre les problèmes en matière de travail, sauf s'il s'agit de questions purement juridiques.

Le juge Iacobucci a récemment réitéré ce point de vue dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, aux pp. 179 et 180:

Le tribunal des relations du travail, qu'on trouve aux niveaux fédéral et provincial, est un exemple classique d'organisme administratif qui est à la fois hautement spécialisé et, dans une très grande mesure, à l'abri de tout contrôle. [. . .] Le Conseil canadien des relations du travail doit concevoir un régime cohérent et pratique pour l'application des nombreuses dispositions législatives qui régissent les relations du travail des employeurs et employés dont les activités sont du ressort fédéral. Pour que les différends entre ces travailleurs et leurs employeurs puissent se régler rapidement et d'une manière conciliable avec leurs autres droits et obligations aux termes du *Code canadien du travail*, les décisions du Conseil ne doivent pas pouvoir être systématiquement annulées par les cours de justice chaque fois que ces dernières désapprouvent la façon dont le Conseil a tranché une question donnée.

Les motifs majoritaires, dans l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, vont dans le même sens.

Lorsqu'elles examinent la compétence que possède un tribunal administratif pour connaître d'une plainte qui lui est soumise, les cours de justice devraient adopter et appliquer ce qui est connu sous le nom de méthode pragmatique et fonctionnelle; voir l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Pour régler la question, le juge Beetz a affirmé que la cour qui procède à l'examen devrait tenir compte des facteurs suivants: a) le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, b) l'objet de la loi qui crée le tribunal, c) la raison d'être de ce tribunal, d) le domaine d'expertise des membres du tribunal, et e) la nature du problème soumis au tribunal.

An examination of the relevant statutory provisions of the *Canada Labour Code* clearly reveals Parliament's intention to grant the Board broad, discretionary powers for determining the appropriate bargaining unit. A review of ss. 24, 27 and 28 of the Code, confirms that this is an exercise which falls squarely within the exclusive jurisdiction of the Board. Support for such an interpretation of the relevant provisions is also found in the literature. George W. Adams (now Justice Adams), in his excellent work *Canadian Labour Law* (2nd ed. 1993 (loose-leaf)), correctly states at p. 7-2: "[i]n all jurisdictions, labour boards are given a broad mandate to determine the appropriate bargaining unit". Similarly, it has been asserted that when a union seeking certification applies to the labour relations board in respect of a unit that it considers appropriate for collective bargaining, it is the labour board which must decide whether the unit applied for, or some variation of it, is appropriate for collective bargaining (Labour Law Casebook Group, *Labour Law* (5th ed. 1991), at p. 348).

Pursuant to subs. (1) of s. 24 of the Code, a trade union may apply to the Board for certification as the bargaining agent for the unit that it considers to be appropriate for collective bargaining. This subsection both requires that unions wishing to be certified as bargaining agents apply for certification to the Board and confers on the Board the authority to consider and dispose of these applications.

Once the union has submitted its application for certification, the next stage of the process is set out in s. 27 of the Code. It provides that when the Board has received an application from a union seeking certification as the bargaining agent for a unit, it must determine if the unit is appropriate for collective bargaining. It is significant that by the use of the word "shall" in the section, Parliament has not only authorized the Board to determine whether a unit is appropriate for collective bargaining but imposed a mandatory obligation on it to do so. Moreover, in making the mandatory eval-

L'examen des dispositions pertinentes du *Code canadien du travail* révèle clairement l'intention du Parlement d'accorder au Conseil de vastes pouvoirs discrétionnaires en matière de détermination de l'unité habile à négocier. La lecture des art. 24, 27 et 28 du Code confirme qu'il s'agit d'un exercice qui relève directement de la compétence exclusive du Conseil. La doctrine appuie également cette interprétation des dispositions pertinentes. Dans son excellent ouvrage intitulé *Canadian Labour Law* (2^e éd. 1993 (feuilles mobiles)), George W. Adams (maintenant juge) affirme à juste titre, à la p. 7-2: [TRADUCTION] «[d]ans tous les ressorts, les commissions des relations du travail se voient confier un vaste mandat de déterminer l'unité habile à négocier». De même, on a affirmé que, lorsqu'un syndicat demande à la commission des relations du travail de l'accréditer relativement à une unité qu'il juge habile à négocier collectivement, c'est à la commission des relations du travail qu'il revient de décider si l'unité visée par la demande, ou l'une de ses variantes, est habile à négocier collectivement (Labour Law Casebook Group, *Labour Law* (5^e éd. 1991), à la p. 348).

Conformément au par. 24(1) du Code, un syndicat peut demander au Conseil de l'accréditer comme agent négociateur d'une unité qu'il juge habile à négocier collectivement. Ce paragraphe exige, d'une part, que les syndicats qui veulent être accrédités comme agents négociateurs en fassent la demande au Conseil, et confère, d'autre part, au Conseil le pouvoir de statuer sur ces demandes après en avoir fait l'examen.

Une fois que le syndicat a déposé sa demande d'accréditation, on passe à la deuxième étape de la procédure énoncée à l'art. 27 du Code. Cet article prévoit que, lorsque le Conseil a reçu une demande d'un syndicat visant à obtenir l'accréditation comme agent négociateur d'une unité, il doit déterminer si l'unité en question est habile à négocier collectivement. Il est important de noter qu'en utilisant le mot «doit» dans l'article le Parlement a non seulement autorisé le Conseil à déterminer si une unité est habile à négocier collectivement, mais encore il lui a imposé l'obligation formelle de

uation the Board must determine whether, in its opinion, the proposed unit is an appropriate one. The Board would not be fulfilling its mandate if it were to simply approve the application submitted for certification. Furthermore, pursuant to s. 27(2) of the Code, the Board may in determining the appropriateness of a unit, "include any employees in or exclude any employees from the unit proposed by the trade union".

31 Section 28 imposes a duty on the Board to certify the union as the bargaining agent of the proposed bargaining unit if the conditions specified in the section are fulfilled. First, the Board must have received an application from a union wanting to be certified as the bargaining agent for a unit. Second, the Board is required to determine whether that unit is appropriate for collective bargaining. Finally, the Board must be satisfied that, at the relevant time, a majority of the employees in the unit wish to have the trade union represent them as their bargaining agent. Only when these statutory conditions are fulfilled, is the Board required to certify an applicant union.

32 In my view, a reading of ss. 24, 27 and 28 of the Code renders it readily apparent that Parliament intended to confer on the Board a broad jurisdiction to determine whether or not a unit is appropriate for collective bargaining. Indeed, the Board's determination as to whether the proposed unit is appropriate constitutes a mandatory condition that must be fulfilled before the Board may grant certification to a union. Conversely, if the Board is not satisfied that the proposed unit is an appropriate one, then the conditions of s. 28 of the Code have not been fulfilled and the Board shall not grant certification. Consequently, upon the submission of an application for certification, there cannot be an automatic acceptance of the proposed unit. Rather the Board must determine whether the proposed unit is appropriate and, if it is not, it cannot be certified.

33 In summary, the legislation imposes a mandatory duty upon the Board to determine whether the proposed bargaining unit is appropriate. That decision requires the Board to exercise its skills and expert knowledge in the field of labour

le faire. De plus, en procédant à l'évaluation obligatoire, le Conseil doit décider si, à son avis, l'unité proposée est habile à négocier. Le Conseil ne remplirait pas son mandat s'il ne faisait qu'approuver la demande d'accréditation qui lui est présentée. En outre, conformément au par. 27(2) du Code, le Conseil peut, en déterminant si une unité est habile à négocier, «ajouter des employés à l'unité proposée par le syndicat ou en retrancher».

L'article 28 impose au Conseil l'obligation d'accréditer le syndicat comme agent négociateur de l'unité de négociation proposée si les conditions prescrites à cet article sont remplies. Premièrement, le Conseil doit avoir reçu une demande d'un syndicat visant à obtenir l'accréditation comme agent négociateur d'une unité. Deuxièmement, le Conseil doit déterminer si l'unité est habile à négocier collectivement. Enfin, le Conseil doit être convaincu qu'à l'époque pertinente la majorité des employés de l'unité désiraient que le syndicat les représente à titre d'agent négociateur. Ce n'est que si ces conditions légales sont remplies que le Conseil est obligé d'accréditer le syndicat requérant.

À mon avis, il est clair, à la lecture des art. 24, 27 et 28 du Code, que le Parlement a voulu conférer au Conseil une vaste compétence pour déterminer si une unité est habile ou non à négocier collectivement. En fait, la décision du Conseil relative à la question de savoir si l'unité proposée est habile à négocier constitue une condition formelle qui doit être remplie pour que le Conseil puisse accréditer un syndicat. Par contre, si le Conseil n'est pas convaincu que l'unité proposée est habile à négocier, alors les conditions de l'art. 28 du Code ne sont pas remplies et le Conseil ne doit pas accorder l'accréditation. Par conséquent, lorsqu'une demande d'accréditation est présentée, il ne saurait y avoir acceptation automatique de l'unité proposée. Au contraire, le Conseil doit déterminer si l'unité proposée est habile à négocier et, si elle ne l'est pas, il ne saurait y avoir accréditation.

En résumé, la loi impose au Conseil l'obligation formelle de déterminer si l'unité de négociation proposée est habile à négocier. Cela exige du Conseil qu'il mette à profit ses compétences et ses connaissances spécialisées dans le domaine des

relations. The decision must be reached in the context of the factual situation presented to the Board and not in the abstract. It is a decision that is uniquely appropriate for a labour board to make. It must now be determined whether the Board exceeded its jurisdiction by suggesting an appropriate composition for the unit.

Did the Board Exceed its Jurisdiction by Suggesting the Composition of an Appropriate Unit?

The respondent, ILWU, takes the position that contrary to the provisions of s. 33 of the Code, the Board sought to create a multi-employer bargaining unit without its consent. The Federal Court of Appeal adopted this position in its finding that the Board's decision effectively prevented the union from representing the foremen of Prince Rupert Grain unless the union agreed to apply for certification of a unit that was comprised of the foremen of Prince Rupert Grain together with the foremen of the five other members of the Association. The Federal Court of Appeal found that, in effect, the Board exceeded its jurisdiction by imposing this decision on the union in the absence of the union's consent. I cannot accept the position of the ILWU and must with respect differ from the position taken by the Federal Court of Appeal.

The decision as to the appropriateness of the bargaining unit can never be made in a vacuum. Rather it has to be assessed in light of the existing circumstances. The mandatory requirement that the Board determine if the proposed bargaining unit is appropriate clearly indicates that the Board must consider alternative bargaining units. The Board must make comparisons between the proposed units and others which in the Board's opinion might be more appropriate as bargaining units. It is in making the decision as to whether the proposed unit is "appropriate" that the Board exercises its special skill and experience in applying the factors which are relevant to that determination. This is precisely what the Board did in this case.

The Board considered all the relevant and pertinent factors. It considered the need for workers to participate in reaching a collective agreement

relations du travail. Il doit prendre sa décision en fonction des faits qui lui sont soumis et non dans l'abstrait. Il s'agit là d'une décision que seule une commission des relations du travail peut rendre. Il faut maintenant déterminer si le Conseil a excédé sa compétence en proposant une composition adéquate pour l'unité en question.

Le Conseil a-t-il excédé sa compétence en proposant la composition de l'unité habile à négocier?

L'intimé le SIDM allègue que, contrairement aux dispositions de l'art. 33 du Code, le Conseil a tenté de créer une unité de négociation multipatronale sans son consentement. C'est le point de vue que la Cour d'appel fédérale a adopté en concluant que la décision du Conseil empêchait effectivement le syndicat de représenter les contremaîtres de Prince Rupert Grain à moins que le syndicat ne consente à demander l'accréditation d'une unité composée des contremaîtres de Prince Rupert Grain et des contremaîtres des cinq autres membres de l'Association. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'en fait le Conseil avait excédé sa compétence en imposant cette décision au syndicat sans consentement. Je ne puis accepter le point de vue du SIDM et je me dois, en toute déférence, d'adopter un point de vue différent de celui de la Cour d'appel fédérale.

La décision relative à la question de savoir si une unité de négociation est habile à négocier ne peut jamais être prise dans l'abstrait. Elle doit plutôt être prise en tenant compte des circonstances en présence. L'exigence formelle que le Conseil détermine si l'unité proposée est habile à négocier indique clairement que le Conseil doit envisager d'autres unités de négociation. Il doit faire des comparaisons entre les unités proposées et d'autres qui, à son avis, pourraient être plus habiles à négocier. C'est en décidant si l'unité proposée est «habile à négocier» que le Conseil met à profit ses compétences et son expérience particulières pour appliquer les facteurs pertinents à cette fin. C'est précisément ce que le Conseil a fait en l'espèce.

Le Conseil a pris en considération tous les facteurs pertinents. Il a tenu compte du besoin des travailleurs de participer à la conclusion d'une

34

35

36

through a bargaining unit. It considered the turbulent history of labour relations in this troubled industry extending over a number of years. It was aware of the need for stability in these labour relations and the dangers that arise from the undue fragmentation of bargaining units. It took into account the community of interest that existed between the foremen employed at Prince Rupert and the foremen employed by other members of the Association. It was aware of the past and present problems in this industry. It considered and assessed all the pertinent factors and the relevant provisions of the *Canada Labour Code* and after careful consideration, concluded that the bargaining unit suggested by the Union was not appropriate. Quite simply, this is what the *Canada Labour Code* required it to do. The Board then suggested a bargaining unit which it thought would be appropriate.

37

It will be remembered that the application before the Board was not for certification of a multi-employer bargaining unit and therefore s. 33 simply did not apply. Certainly it is clear that the Board could not certify a multi-employer unit in the absence of the union's consent required by the section. In this case, the Board was very careful not to impose on the union its suggested larger multi-employer unit which it believed to be appropriate and to reflect the reality of the situation. Indeed, the Board explicitly stated that it was prepared to modify its finding in response to new developments or changes which might occur in the grain handling industry. There was nothing inflexible in this ruling. The Board applied its expert knowledge to the realities of the situation at the time of the hearing. It assessed the appropriateness of the suggested bargaining unit. In doing so it properly made comparisons with other units that it considered might be more appropriate. When it had completed this assessment the Board then made a pertinent suggestion as to the composition of an appropriate unit.

38

In my view, the Board did not exceed its jurisdiction by making what appears to be a sensible and helpful suggestion. After all it is the Board

convention collective par l'entremise d'une unité de négociation. Il a pris en considération l'histoire tumultueuse, pendant un certain nombre d'années, des relations du travail dans ce secteur agité. Il était conscient du besoin de stabilité dans ces relations du travail et des dangers qui résultent de la fragmentation induite des unités de négociation. Il a tenu compte de la communauté d'intérêts des contremaîtres de Prince Rupert et des contremaîtres des autres membres de l'Association. Il était conscient des problèmes passés et actuels dans ce secteur. Le Conseil a pris en compte tous les facteurs pertinents et toutes les dispositions applicables du *Code canadien du travail* et, après mûre réflexion, il a conclu que l'unité proposée par le syndicat n'était pas habile à négocier. C'est tout simplement ce que le *Code canadien du travail* lui demandait de faire. Le Conseil a alors proposé une unité qu'il jugeait habile à négocier.

On se souviendra que la demande soumise au Conseil n'était pas une demande d'accréditation d'une unité de négociation multipatronale et que, par conséquent, l'art. 33 ne s'appliquait tout simplement pas. Il est certes clair que le Conseil ne pouvait pas accréditer une unité multipatronale sans le consentement du syndicat requis par cet article. En l'espèce, le Conseil a bien pris soin de ne pas imposer au syndicat l'unité multipatronale plus vaste proposée qu'il jugeait habile à négocier et qui, selon lui, reflétait bien la situation. En fait, le Conseil a affirmé explicitement qu'il était disposé à modifier sa conclusion à la lumière de l'évolution qui pourrait survenir dans le secteur de la manutention des grains. Sa décision n'avait rien d'intransigeant. Le Conseil a appliqué ses connaissances spécialisées à la situation qui existait au moment de l'audience. Il s'est demandé si l'unité de négociation proposée était habile à négocier. Ce faisant, il a fait, à juste titre, des comparaisons avec d'autres unités qui, selon lui, pourraient être plus habiles à négocier. Après cela, le Conseil a fait une suggestion pertinente quant à la composition d'une unité habile à négocier.

À mon avis, le Conseil n'a pas excédé sa compétence en faisant ce qui paraît être une suggestion raisonnable et utile. Après tout, c'est lui qui pos-

which possesses a high degree of skill and experience in this very field. It is the Board which can make a good assessment of the composition of a unit which would be "appropriate" for collective bargaining in a given industry at a given time. Indeed to reasonable and concerned members of the community, it might appear to be unnecessarily restrictive for courts, on jurisdictional grounds, to prohibit a skilled and experienced labour board from exercising its skill and experience in making what might well be a helpful suggestion as to the composition of an appropriate bargaining unit. To so restrict the Board would place it in the position of in effect saying "we know what the composition of an appropriate unit would be but we cannot tell you of our opinion for fear of losing jurisdiction in this matter". So long as the Board does not unilaterally impose its opinion on the parties but simply puts forward its position as a suggestion and confirms, as it did in this case, its open and flexible position on the issue, it cannot be said to have exceeded its jurisdiction.

In concluding that the Board had exceeded its jurisdiction by imposing on the union a s. 33 application which would require its consent, the Federal Court of Appeal relied on its earlier decision in *Grain Workers, supra*. In that case, it had been held that the Board cannot impose a multi-employer bargaining unit upon a union unless the union concerned has agreed to that bargaining unit pursuant to s. 33 of the Code. Pratte J.A., on behalf of the court, wrote (at p. 107):

If, therefore, the applicant had applied to the Board in 1977 to be certified as the bargaining agent of only five of the six members of an employer's organization, its application might perhaps have been dismissed on the ground that it did not include all the members of the organization but the Board would not have the power, without the consent of the applicant, to include in the bargaining unit the employees of the sixth member. [Emphasis added.]

In that case, the Board had amended its earlier certification order by unilaterally enlarging the

sède des compétences et une expérience considérables dans ce domaine bien précis. C'est le Conseil qui peut faire une bonne appréciation de la composition de l'unité qui serait habile à négocier collectivement dans un secteur donné à une époque précise. En fait, il pourrait paraître inutilement restrictif aux membres raisonnables et intéressés de la collectivité que, pour des raisons de compétence, les cours de justice interdisent à une commission des relations du travail qualifiée et expérimentée de mettre à profit ses compétences et son expérience pour formuler ce qui pourrait s'avérer une suggestion utile quant à la composition d'une unité habile à négocier. Imposer une telle restriction au Conseil reviendrait à lui faire dire «nous savons quelle serait la composition d'une unité habile à négocier, mais nous ne pouvons vous communiquer notre opinion de crainte de perdre notre compétence en la matière». Dans la mesure où le Conseil n'impose pas unilatéralement son opinion aux parties, mais ne fait qu'exposer son point de vue, sous forme de suggestion, et confirmer, comme il l'a fait en l'espèce, le point de vue souple et non définitif qu'il a adopté à ce sujet, on ne peut lui reprocher d'avoir excédé sa compétence.

En concluant que le Conseil a excédé sa compétence en imposant au syndicat une application de l'art. 33 qui aurait nécessité son consentement, la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur son arrêt antérieur *Grain Workers*, précité, où elle avait statué que le Conseil ne pouvait pas imposer à un syndicat une unité de négociation multipatronale, à moins que le syndicat concerné n'ait consenti à cette unité de négociation conformément à l'art. 33 du Code. Le juge Pratte affirme, au nom de la cour, à la p. 107:

Par conséquent, si le requérant avait demandé au Conseil en 1977 d'être accrédité à titre d'agent négociateur de seulement cinq des six membres d'une organisation patronale, sa requête aurait sans doute pu être rejetée pour le motif qu'elle ne groupait pas tous les membres de l'organisation, mais le Conseil n'aurait pas eu le pouvoir, sans le consentement du requérant, d'inclure dans l'unité de négociation les employés du sixième membre. [Je souligne.]

Dans cette affaire, le Conseil avait modifié son ordonnance antérieure d'accréditation en élargis-

unit to include the employees of another member of the Association. It thereby imposed a new and different bargaining unit upon the union without its consent. I do not think the *Grain Workers* case is applicable since the situation presented in that case is clearly distinguishable. In the case at bar, the Board did not impose a modified unit on the union. It simply gave its opinion that a single employer unit was not appropriate and suggested an alternative unit. The *Grain Workers* case could only be applicable if in the case under consideration the Board had refused to certify the unit proposed by the union and of its own initiative had certified a multi-employer unit without the consent of the union as required by s. 33.

sant unilatéralement l'unité de manière à y inclure les employés d'un autre membre de l'Association. Il se trouvait alors à imposer au syndicat, sans son consentement, une unité de négociation nouvelle et différente. Je ne crois pas que l'arrêt *Grain Workers* soit applicable, car la situation dont il y était question se distingue nettement des faits de la présente affaire où le Conseil n'a pas imposé une unité modifiée au syndicat. Il a simplement donné son avis selon lequel une unité composée d'un seul employeur n'était pas habile à négocier et en a proposé une autre. L'arrêt *Grain Workers* ne serait applicable en l'espèce que si le Conseil avait refusé d'accréditer l'unité proposée par le syndicat et avait de son propre chef accrédité une unité multipatronale sans le consentement du syndicat requis par l'art. 33.

41 In my view, the Board had jurisdiction to determine the appropriate bargaining unit and to make the suggestion as to the membership of that unit which it put forward in this case. This conclusion is based upon an examination of the wording of the statute empowering the Board, the purpose of the statute, the expert knowledge of its members, and the decisions of this Court pertaining to the manner in which courts should approach issues concerning the jurisdiction of administrative boards. It follows that unless the decision of the Board was patently unreasonable it should be maintained.

Standard of Review

42 Since the Board had jurisdiction to determine the appropriate bargaining unit and to make a suggestion as to the composition of that unit, its decision must be upheld unless it is found to be patently unreasonable or, in other words, clearly irrational. This conclusion is clearly confirmed by the broad and strongly worded privative clause set out in s. 22 of the *Canada Labour Code*. It has been held on numerous occasions that such a clause gives a very clear signal to the courts that decisions of a board or tribunal operating under the protection of such a privative clause must be protected from strict judicial scrutiny. See *CUPE, supra*; *Royal Oak Mines, supra*, at p. 394; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of*

À mon avis, le Conseil avait compétence pour déterminer l'unité habile à négocier et pour faire une suggestion quant à la composition de l'unité qu'il proposait. Cette conclusion s'appuie sur un examen du libellé de la loi habilitante du Conseil, de l'objet de cette loi, des connaissances spécialisées de ses membres et des arrêts de notre Cour concernant la façon dont les tribunaux judiciaires devraient aborder les questions concernant la compétence des tribunaux administratifs. Il s'ensuit que, à moins que la décision du Conseil ne soit manifestement déraisonnable, elle devrait être maintenue.

Norme de contrôle

Étant donné que le Conseil avait compétence pour déterminer l'unité de négociation habile à négocier et pour faire une suggestion quant à la composition de cette unité, sa décision doit être maintenue à moins qu'elle ne soit jugée manifestement déraisonnable ou, en d'autres termes, clairement irrationnelle. Cette conclusion est nettement confirmée par la clause privative générale et explicite contenue à l'art. 22 du *Code canadien du travail*. On a statué à maintes reprises qu'une telle clause envoie aux cours de justice un message très clair que les décisions d'un tribunal administratif jouissant de la protection de ce type de clause privative doivent échapper à un examen judiciaire strict. Voir l'arrêt *SCFP*, précité; *Royal Oak Mines*,

Canada, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 959. The position with regard to privative clauses was clearly and concisely set out by Gonthier J., writing for the majority in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, in these words (at pp. 1369-70):

... courts, in the presence of a privative clause, will only interfere with the findings of a specialized tribunal where it is found that the decision of that tribunal cannot be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the law.

This result is also dictated by the expert knowledge, skill and experience of the members of the labour board which render it the appropriate body for determining the appropriateness of a unit for collective bargaining. As it was stated in *CUPE*, *supra*, at pp. 235-36:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in *Canada*, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

There simply can be no doubt that courts should exercise restraint and deference in reviewing those decisions which come within the jurisdiction of specialized administrative tribunals, particularly labour boards. The decision of the Board came within its jurisdiction and should not be set aside unless it is patently unreasonable.

Was the Decision of the Board Patently Unreasonable?

In *Public Service Alliance of Canada*, *supra*, at pp. 963-64, an attempt was made to indicate the strength of the term "patently unreasonable" and to

précité, à la p. 394; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 959. Ce point de vue concernant les clauses privatives a été énoncé de façon précise et concise par le juge Gonthier, dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, où il affirme au nom de la Cour à la majorité, à la p. 1369:

... lorsqu'il y a une clause privative les tribunaux judiciaires ne toucheront aux conclusions d'un tribunal spécialisé que s'il est jugé que la décision de celui-ci ne saurait être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit.

Les connaissances spécialisées, les compétences et l'expérience des membres de la commission des relations du travail, qui en font l'organisme tout désigné pour déterminer si une unité est habile à négocier collectivement, commandent également ce résultat. Comme on l'affirme dans l'arrêt *SCFP*, précité, aux pp. 235 et 236:

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Il ne fait simplement aucun doute que les cours de justice devraient faire preuve de retenue dans l'examen des décisions qui ressortissent aux tribunaux administratifs spécialisés, notamment les commissions des relations du travail. La décision du Conseil relevait de sa compétence et ne devrait pas être annulée à moins d'être manifestement déraisonnable.

La décision du Conseil était-elle manifestement déraisonnable?

Dans l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité, aux pp. 963 et 964, on a tenté de montrer la force de l'expression «manifestement

43

44

45

give some definition to the phrase. There it was stated:

It is said that it is difficult to know what "patently unreasonable" means. . . . Yet any test can only be defined by words. . . . 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.

. . .

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.

46

There can be no question that the Board's decision was very clearly not patently unreasonable. It considered all the relevant statutory provisions and all the pertinent factors which would affect its conclusion as to an appropriate bargaining unit and reached a reasonable decision. Indeed the Federal Court of Appeal recognized that, if the Board was found to be acting within its jurisdiction, its decision was not patently unreasonable.

Disposition

47

In the circumstances, the appeal should be allowed, the order of the Federal Court of Appeal set aside and the decision of the Canada Labour Relations Board No. 1050 restored. The appellant should have its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Harris & Company, Vancouver.

déraisonnable» et d'en donner une certaine définition:

Le sens de l'expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. [. . .] Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots [. . .] 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.

. . .

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.

Il ne fait aucun doute qu'il était très clair que la décision du Conseil n'était pas manifestement déraisonnable. Le Conseil a pris en considération toutes les dispositions législatives applicables et tous les facteurs pertinents qui influeraient sur sa conclusion relative à l'unité de négociation habile à négocier, et il a pris une décision raisonnable. En fait, la Cour d'appel fédérale a reconnu que, si on concluait que le Conseil a agi conformément à sa compétence, sa décision ne serait pas manifestement déraisonnable.

Dispositif

Dans les circonstances, il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision n° 1050 du Conseil canadien des relations du travail. L'appellante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appellante: Harris & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent the International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514: Laughton & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Canada Labour Relations Board: Heenan Blaikie, Vancouver; Maryse Tremblay, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514: Laughton & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Heenan Blaikie, Vancouver; Maryse Tremblay, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Félix Michaud *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MICHAUD

File No.: 24798.

1996: June 20.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Charge to jury — Crown's address to jury exceeding limits laid down by this Court — Whether trial judge inadequately directed jury with respect to these improprieties — Whether charge defective with respect to corroborative evidence or alibi evidence — Whether application should be considered to adduce fresh evidence.

Cases CitedReferred to: *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1995), 161 N.B.R. (2d) 215, 414 A.P.R. 215, 98 C.C.C. (3d) 121, allowing an appeal from conviction by Daigle J. sitting with jury and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Graham J. Sleeth, Q.C., for the appellant.*Kim Jensen*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — In this appeal a new trial was ordered by the Court of Appeal (1995), 161 N.B.R. (2d) 215, 414 A.P.R. 215, 98 C.C.C. (3d) 121, on a number of grounds based on errors in the charge to the jury. We have concluded that the address to the jury by Crown counsel exceeded the limits laid

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Félix Michaud *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MICHAUD

N° du greffe: 24798.

1996: 20 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Exposé au jury — Exposé du substitut du procureur général au jury excédant les limites fixées par notre Cour — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur ces irrégularités? — L'exposé du juge du procès était-il déficient relativement à la preuve corroborante ou à la preuve d'alibi? — Y a-t-il lieu d'examiner la demande de production de nouveaux éléments de preuve?

JurisprudenceArrêt mentionné: *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 161 R.N.-B. (2^e) 215, 414 A.P.R. 215, 98 C.C.C. (3d) 121, qui a accueilli l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Daigle siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Graham J. Sleeth, c.r., pour l'appelante.*Kim Jensen*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — En l'espèce, la Cour d'appel (1995), 161 R.N.-B. (2^e) 215, 414 A.P.R. 215, 98 C.C.C. (3d) 121, a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour un certain nombre de motifs fondés sur des erreurs commises dans l'exposé au jury. Nous avons conclu que l'exposé que le sub-

down by this Court in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16.

In the circumstances the trial judge ought to have specifically directed the jury with respect to these improprieties. The charge by the trial judge was inadequate in this respect.

With respect to the other grounds, counsel for the respondent properly conceded that the Court of Appeal erred in finding that the trial judge's charge was defective in treating as corroborative, evidence that did not implicate the accused. Such evidence need not, although it may, implicate the accused. We find no error in the charge in respect of this ground nor in the charge relating to the alibi evidence.

The appeal is dismissed. In the circumstances, it is unnecessary to consider the application to adduce fresh evidence.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the respondent: MacElwain & Renouf, Florenceville.

stitut du procureur général a fait au jury a excédé les limites fixées par notre Cour dans *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16.

Dans les circonstances, le juge du procès aurait dû donner au jury des directives précises sur ces irrégularités. L'exposé du juge du procès était insuffisant à cet égard.

Quant aux autres moyens, l'avocat de l'intimé a reconnu à bon droit que la Cour d'appel avait commis une erreur en concluant que l'exposé du juge du procès était déficient du fait qu'on y considérait comme corroborante une preuve qui n'impliquait pas l'accusé. Il n'est pas nécessaire qu'une telle preuve implique l'accusé, quoiqu'elle puisse le faire. Nous concluons que l'exposé ne comporte aucune erreur relativement à ce moyen ni relativement à la preuve d'alibi.

Le pourvoi est rejeté. Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire d'examiner la demande de production de nouveaux éléments de preuve.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs de l'intimé: MacElwain & Renouf, Florenceville.

2

3

4

Michael McCarthy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MCCARTHY

File No.: 24995.

1996: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search or seizure — Trial judge erring in finding that conduct of search not unreasonable — New trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 31 C.R.R. (2d) 347, dismissing the accused's appeal from his convictions on numerous weapons charges. Appeal allowed and new trial ordered.

Frank Addario, for the appellant.

Gary T. Trotter, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — We agree with the reasons of Carthy J.A. dissenting in the Court of Appeal. The appeal is allowed, the conviction is set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Michael McCarthy *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MCCARTHY

N° du greffe: 24995.

1996: 21 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Juge du procès commettant une erreur en concluant que la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive — Nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 31 C.R.R. (2d) 347, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre ses déclarations de culpabilité relatives à de nombreuses accusations en matière d'armes. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Frank Addario, pour l'appellant.

Gary T. Trotter, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous souscrivons aux motifs du juge Carthy, dissident en Cour d'appel. Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Roger Alfredo Bardales *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BARDALES

File No.: 25001.

1996: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Charge to jury — Identification — Trial judge properly charging jury with respect to special need for caution in considering identification evidence.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 101 C.C.C. (3d) 289, 65 B.C.A.C. 241, 106 W.A.C. 241, dismissing the accused's appeal from his convictions for attempted murder and for threatening. Appeal dismissed.

Peter J. Wilson, for the appellant.

Gregory J. Fitch, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — This is an appeal as of right. The trial judge properly charged the jury with respect to the special need for caution in considering identification evidence. In dealing with the circumstances surrounding the identification, the trial judge referred to recognition as a factor. In view of the express caution with respect to acceptance of identification evidence generally, failure to specifically repeat the warning with respect to recognition did not constitute an error in this case. With respect to the specific weaknesses in the evidence relied on by the appellant we are of the view that the charge was adequate. In our view, in all the cir-

Roger Alfredo Bardales *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BARDALES

N° du greffe: 25001.

1996: 21 juin.

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

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

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Identification — Juge du procès donnant au jury des directives appropriées sur le besoin particulier de prudence dans l'examen de la preuve d'identification.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 101 C.C.C. (3d) 289, 65 B.C.A.C. 241, 106 W.A.C. 241, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre ses déclarations de culpabilité de meurtre et de profération de menaces. Pourvoi rejeté.

Peter J. Wilson, pour l'appellant.

Gregory J. Fitch, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Le juge du procès a donné au jury des directives appropriées sur le besoin particulier de prudence dans l'examen de la preuve d'identification. En traitant les circonstances entourant l'identification, le juge a décrit la reconnaissance comme étant un facteur. Compte tenu de la directive générale explicite de prudence dans l'acceptation de toute preuve d'identification, l'omission de répéter l'avertissement relativement à la reconnaissance n'a pas constitué une erreur en l'espèce. Quant aux faiblesses particulières de la preuve invoquées par l'appellant, nous sommes

cumstances, the jury was sufficiently alerted to these weaknesses.

d'avis que l'exposé était suffisant. Nous estimons que, compte tenu de toutes les circonstances, l'attention du jury a suffisamment été attirée sur ces faiblesses.

2

The appeal is dismissed.

Le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Wilson & Buck, Vancouver.

Procureurs de l'appelant: Wilson & Buck, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

William Goldhart *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GOLDHART

File No.: 24835.

1996: March 27; 1996: July 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 ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused arrested on premises searched pursuant to invalid search warrant — Marijuana seized but excluded from evidence — Person arrested with accused pleading guilty in prior trial and testifying for Crown at accused's trial — Whether witness' evidence obtained in a manner that breached the Charter — If so, whether its admission would bring the administration of justice into disrepute — Whether a temporal connection existed between the witness' evidence and the Charter breach and whether any causal connection with the Charter breach was too remote — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

The accused was convicted of possession and cultivation of narcotics for his involvement in a marijuana-growing operation. The police, acting on a tip, had conducted a perimeter search of the suspected premises, smelled marijuana and on that basis obtained a search warrant. The ensuing search resulted in the seizure of a large quantity of marijuana and a key. The key was admitted into evidence without objection but the marijuana was not because the search was found to be unreasonable contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The accused, nevertheless, was convicted on the basis of the *viva voce* evidence of a witness who had been arrested with the accused and who had earlier pleaded guilty. The accused's convictions were overturned on appeal. The Court of Appeal excluded this evidence under s. 24(2) of the *Charter* because its admission would bring the administration of justice into disrepute. The Crown conceded before this

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

William Goldhart *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. GOLDHART

N° du greffe: 24835.

1996: 27 mars; 1996: 4 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Arrestation de l'accusé dans des lieux faisant l'objet d'une perquisition fondée sur un mandat non valide — Marijuana saisie mais déclarée non admissible en preuve — Personne arrêtée en même temps que l'accusé plaidant coupable lors d'un procès antérieur et déposant pour le compte du ministère public au procès de l'accusé — La déposition de ce témoin a-t-elle été obtenue dans des conditions qui violent la Charte? — Dans l'affirmative, son utilisation est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Existe-t-il un lien temporel entre la déposition du témoin et la violation de la Charte, et tout lien causal qui peut exister avec la violation de la Charte est-il trop éloigné? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

L'accusé a été déclaré coupable de possession et de culture de stupéfiants en raison de sa participation à des activités de production de marijuana. À la suite d'une dénonciation, la police avait effectué une perquisition périphérique de l'endroit suspect, y avait décelé une odeur de marijuana et, pour cette raison, avait obtenu un mandat de perquisition. La perquisition qui a suivi a entraîné la saisie d'une grande quantité de marijuana et d'une clé. La clé a été utilisée comme élément de preuve sans que l'on s'y oppose, mais non la marijuana parce que la perquisition a été jugée abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé a néanmoins été déclaré coupable sur la foi du témoignage de vive voix d'une personne qui avait été arrêtée avec lui et qui avait plaidé coupable auparavant. Les déclarations de culpabilité de l'accusé ont été annulées en appel. La Cour d'appel a, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, écarté le témoignage obtenu parce que son utili-

Court that the search was unreasonable contrary to s. 8 of the *Charter*. At issue here was whether the *viva voce* evidence was obtained in a manner that violated the *Charter* so as to attract the provisions of s. 24(2) and, if so, whether its admission would bring the administration of justice into disrepute. In particular, it had to be decided if a temporal connection existed between the *viva voce* evidence and the *Charter* breach and whether any causal connection with the *Charter* breach was too remote.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In view of the conclusion that the *viva voce* evidence of the witness was not obtained in a manner that violates the *Charter*, it was unnecessary to consider whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Causation was rejected in earlier jurisprudence as the sole touchstone of the application of s. 24(2) of the *Charter* because of the pitfalls that are inherent in the concept. The concepts of proximate cause and remoteness were developed to inject some degree of restraint on the potential reach of causation. Although *Therens* and *Strachan* warned against over-reliance on causation and advocated an examination of the entire relationship between the *Charter* breach and the impugned evidence, causation has not entirely been discarded. Accordingly, while a temporal link will often suffice, it is not always determinative. It will not be determinative if the connection between the securing of the evidence and the breach is remote (meaning that the connection is tenuous). Since the concept of remoteness relates not only to the temporal connection but also to the causal connection, the mere presence of a temporal link is not necessarily sufficient. Given that the whole of the relationship between the breach and the evidence must be examined, the court can appropriately consider the strength of the causal relationship. If both the temporal connection and the causal connection are tenuous, the court may very well conclude that the evidence was not obtained in a manner that infringes a right or freedom under the *Charter*. On the other hand, the temporal connection may be so strong that the *Charter* breach is an integral part of a single transaction. In that case, a causal connection that is weak or even absent will be of no importance. Once the principles of law are defined, the

sation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le ministère public a admis devant notre Cour que la perquisition était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer si le témoignage de vive voix a été obtenu dans des conditions qui violent la *Charte*, de manière à entraîner l'application des dispositions de son par. 24(2), et, dans l'affirmative, si l'utilisation de ce témoignage est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Plus précisément, il s'agit de déterminer s'il existe un lien temporel entre le témoignage de vive voix et la violation de la *Charte*, et si tout lien causal qui peut exister avec la violation de la *Charte* est trop éloigné.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Compte tenu de la conclusion que le témoignage de vive voix n'a pas été obtenu dans des conditions qui violent la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dans des arrêts antérieurs, on a refusé de reconnaître le lien de causalité comme seule pierre angulaire de l'application du par. 24(2) de la *Charte*, en raison des pièges inhérents à ce concept. Les notions de la cause immédiate et du caractère éloigné ont été développées afin d'insuffler une certaine retenue quant à la portée éventuelle du lien de causalité. Bien qu'on ait recommandé, dans les arrêts *Therens* et *Strachan*, de ne pas trop s'en remettre au lien de causalité et qu'on y ait préconisé un examen de l'ensemble du rapport entre la violation de la *Charte* et la preuve contestée, le lien de causalité n'a pas été complètement écarté. Par conséquent, bien qu'un lien temporel suffise souvent, il n'est pas toujours déterminant. Il ne sera pas déterminant si le lien entre l'obtention de la preuve et la violation est éloigné (au sens de ténu). Vu que le concept du caractère éloigné s'applique non seulement au lien temporel, mais aussi au lien causal, la seule existence d'un lien temporel n'est pas nécessairement suffisante. Étant donné qu'il faut examiner l'ensemble du rapport entre la violation et la preuve obtenue, la cour peut, à juste titre, examiner la force du rapport causal. Si le lien temporel et le lien causal sont ténus tous les deux, la cour peut très bien conclure que la preuve n'a pas été obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Par contre, le lien temporel peut être fort à ce point que la violation de la *Charte* fait partie intégrante d'une seule et même opération. Dans un tel cas, la faiblesse ou même l'absence d'un lien causal

strength of the connection between the evidence obtained and the *Charter* breach is a question of fact. Accordingly, the applicability of s. 24(2) will be decided on a case-by-case basis.

The *viva voce* evidence was alleged to have been obtained in a manner that breached the *Charter*. A distinction must be made between discovery of a person who is arrested and charged with an offence and the evidence subsequently volunteered by that person. The discovery of the person cannot simply be equated with securing evidence from that person which is favourable to the Crown. The prosecution has no assurance that the person will provide any information let alone sworn testimony that is favourable to the Crown. That testimony cannot be treated in the same manner as an inanimate object.

Here, to find a temporal link the pertinent event is the witness' decision to cooperate with the Crown and testify and not his arrest. Indeed the existence of a temporal link between the illegal search and the witness' arrest is of virtually no consequence. Moreover, any temporal link between the illegal search and the testimony is greatly weakened by intervening events of the witness' voluntary decision to cooperate with the police, to plead guilty and to testify. The application of the causal connection factor is to the same effect. The connection between the illegal search and the witness' decision to give evidence is extremely tenuous. Given the entire chain of events, the nexus between the impugned evidence and the *Charter* breach is remote.

The *viva voce* evidence was therefore admissible. With respect to the key, this issue was not raised at trial and was not referred to by the Court of Appeal. The Court should not exercise its discretion to allow the issue to be raised.

Per La Forest J. (dissenting): Two requirements must be established for the exclusion of evidence under s. 24(2): that the evidence was obtained in a manner that infringed or denied a right or freedom guaranteed by the *Charter*, and that, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

In relation to the first requirement, it was agreed that a strict causal connection has been rejected by this Court. However, previous authority establishes that a

sera sans importance. Une fois les principes de droit définis, la force du lien entre la preuve obtenue et la violation de la *Charte* est une question de fait. Par conséquent, la possibilité d'appliquer le par. 24(2) sera déterminée cas par cas.

On a allégué que le témoignage de vive voix avait été obtenu dans des conditions qui violent la *Charte*. Il faut faire une distinction entre la découverte d'une personne qui est ensuite arrêtée et accusée d'une infraction et le témoignage que cette personne fait de son plein gré ultérieurement. On ne saurait simplement assimiler la découverte de cette personne à l'obtention, auprès d'elle, d'éléments de preuve favorables au ministère public. La poursuite n'a aucune garantie que la personne fournira des renseignements, et encore moins qu'elle présentera un témoignage sous serment favorable au ministère public. Ce témoignage ne saurait être traité de la même manière qu'un objet inanimé.

Pour conclure, en l'espèce, à l'existence d'un lien temporel, ce qui est pertinent c'est la décision du témoin de coopérer avec le ministère public et de témoigner, et non pas son arrestation. En fait, l'existence d'un lien temporel entre la perquisition illégale et l'arrestation du témoin est quasiment sans importance. En outre, tout lien temporel entre la perquisition illégale et le témoignage est grandement affaibli par les événements intermédiaires constitués par la décision spontanée du témoin de coopérer avec la police, de plaider coupable et de témoigner. L'application du facteur du lien causal va dans le même sens. Le lien entre la perquisition illégale et la décision du témoin de témoigner est extrêmement ténu. Compte tenu de toute la suite des événements, le lien entre le témoignage contesté et la violation de la *Charte* est éloigné.

Le témoignage de vive voix pouvait donc être utilisé. En ce qui concerne la clé, cette question n'a pas été soulevée au procès et n'a pas été mentionnée par la Cour d'appel. Il n'y a pas lieu que notre Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de permettre qu'elle soit soulevée.

Le juge La Forest (dissent): Deux conditions doivent être remplies pour écarter un élément de preuve en vertu du par. 24(2): l'élément de preuve doit avoir été obtenu dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, et, eu égard aux circonstances, l'utilisation de cet élément de preuve doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En ce qui concerne la première condition, on s'accorde pour dire que notre Cour a rejeté la méthode du lien causal strict. Toutefois, des précédents établissent

causal connection will be sufficient to establish that the evidence was obtained in a manner that infringed a right or freedom guaranteed by the *Charter*. This authority also establishes that where a causal connection exists between the *Charter* violation and the impugned evidence, the issue of whether the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute must be determined by weighing the contextual factors set forth in the test developed for considering this issue. This test is bypassed in the majority reasons, given the finding there that a causal connection will not necessarily satisfy the first requirement.

A movement away from a strict requirement of a causal connection was born out of a concern that a requirement of causality may present an insurmountable obstacle to applicants seeking to have evidence excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. A causation requirement was felt to lead to a narrow view of the relationship between the *Charter* violation and the discovery of evidence. Thus, in determining whether evidence was obtained in a manner that infringed the *Charter*, a generous approach should be maintained, leaving the presence and strength of a causal connection to be considered as a factor in relation to whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

The trial judge made a finding of a causal connection which was logically supported by the facts. Had the officers not uncovered any information pursuant to the illegal search, they would not have continued the investigation. The facts revealed that contact with the witness would not likely have occurred without the illegal search. Despite the trial judge's finding that the evidence in question arose out of an exercise of the witness' own free will, this exercise of free will cannot be viewed separately from his arrest. Any independent decision to testify undertaken by the witness after his arrest was necessarily affected by the arrest. Accordingly, having regard to the chain of events surrounding the obtaining of the witness' testimony, there is a sufficient connection to establish that the evidence was obtained in breach of the *Charter*.

The importation of American jurisprudence into the analysis under s. 24(2), without an awareness of the context, should be done with caution. Given the more flexible approach under the *Charter*, the American distinction between testimony and inanimate objects

qu'un lien causal sera suffisant pour démontrer que la preuve a été obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Ces précédents établissent également que, lorsqu'il existe un lien causal entre la violation de la *Charte* et l'élément de preuve contesté, il faut, pour déterminer si l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, procéder à une évaluation des facteurs contextuels énoncés dans le critère établi pour examiner cette question. Ce critère est contourné dans les motifs majoritaires étant donné que l'on y conclut qu'un lien de causalité ne satisfera pas nécessairement à la première condition.

L'abandon d'une exigence stricte de lien causal résulte de la crainte qu'une exigence de causalité puisse représenter un obstacle insurmontable pour ceux qui demandent l'exclusion d'un élément de preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. On a le sentiment qu'une exigence de lien de causalité mène à une interprétation restrictive du rapport entre la violation de la *Charte* et la découverte d'éléments de preuve. Ainsi, pour déterminer si des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui violent la *Charte*, il y a lieu de conserver une méthode libérale et de ne prendre en considération l'existence et la force du lien de causalité entre les éléments de preuve et la violation de la *Charte* que pour décider si l'utilisation de ces éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La conclusion du juge du procès qu'il existait un lien causal s'appuyait logiquement sur les faits. Si les policiers n'avaient découvert aucun renseignement lors de la perquisition illégale, ils n'auraient pas poursuivi leur enquête. D'après les faits, il est peu probable que l'on serait entré en communication avec le témoin sans la perquisition illégale. Malgré la conclusion du juge du procès que la preuve en question découle de l'exercice du libre arbitre du témoin, l'exercice du libre arbitre de ce témoin ne saurait être dissocié de son arrestation. Toute décision indépendante de témoigner, prise par le témoin après son arrestation, était nécessairement influencée par l'arrestation. Par conséquent, compte tenu de la suite des événements ayant entouré l'obtention du témoignage en question, il existe un lien suffisant pour établir que ce témoignage a été obtenu en violation de la *Charte*.

L'incorporation de jurisprudence américaine dans l'analyse fondée sur le par. 24(2), sans connaître le contexte des affaires en cause, devrait se faire avec prudence. Compte tenu de la méthode plus souple utilisée sous le régime de la *Charte*, il n'y a pas lieu d'adopter la

should not be adopted. Failing to follow the established mechanism of s. 24(2) for determining whether evidence would bring the administration of justice into disrepute in respect of certain types of evidence leads to a fractured system.

The reasons of the majority of the Court of Appeal were relied on with respect to the issue of whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **not followed:** *R. v. Church of Scientology of Toronto (No. 2)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 341; **referred to:** *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 72, 83 O.A.C. 300, 42 C.R. (4th) 22, 31 C.R.R. (2d) 330, allowing an appeal from convictions by Murphy J. Appeal allowed, La Forest J. dissenting.

distinction faite par les tribunaux américains entre les témoignages et les objets inanimés. L'omission de recourir au mécanisme établi du par. 24(2) pour déterminer si certains genres d'éléments de preuve sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice mène à un système fragmenté.

On s'en remet aux motifs de la Cour d'appel à la majorité pour ce qui est de déterminer si l'utilisation du témoignage est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêt non suivi:** *R. c. Church of Scientology of Toronto (No. 2)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 341; **arrêts mentionnés:** *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *United States c. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *United States c. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *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. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 72, 83 O.A.C. 300, 42 C.R. (4th) 22, 31 C.R.R. (2d) 330, qui a accueilli un appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Murphy. Pourvoi accueilli, le juge La Forest est dissident.

Scott K. Fenton, for the appellant.

Scott K. Fenton, pour l'appelante.

Timothy E. Breen, for the respondent.

Timothy E. Breen, pour l'intimé.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

¹ SOPINKA J. — This appeal concerns the question of when evidence can be said to have been obtained in a manner that infringes a right or freedom of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* so as to attract the provisions of s. 24(2) of the *Charter*. Specifically, the Court must determine whether the *viva voce* evidence of a witness who was arrested following an illegal search is subject to a s. 24(2) analysis. I have determined that s. 24(2) has no application in that there is no temporal connection between the *viva voce* evidence and the breach of the *Charter* and that any causal connection is too remote.

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir quand on peut dire que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, de manière à entraîner l'application des dispositions du par. 24(2) de la *Charte*. Plus précisément, la Cour doit déterminer si le témoignage de vive voix d'une personne qui a été arrêtée à la suite d'une fouille ou perquisition illégale peut faire l'objet d'une analyse fondée sur le par. 24(2). J'ai décidé que le par. 24(2) ne s'applique pas du fait qu'il n'y a aucun lien temporel entre le témoignage de vive voix et la violation de la *Charte* et que tout lien causal qui peut exister est trop éloigné.

I. Facts

I. Les faits

² William Goldhart was convicted for the possession and cultivation of narcotics for his involvement in a marijuana-growing operation. On appeal to the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 72, Goldhart's convictions were overturned on the grounds that the *viva voce* evidence of the Crown's only witness (Gerald Mayer) had been obtained through a breach of the *Charter*. According to the majority of the Ontario Court of Appeal, the admission of Mayer's evidence at trial would have brought the administration of justice into disrepute. The Court of Appeal accordingly ordered the exclusion of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. As a result of this decision, Goldhart's convictions were set aside and replaced with a verdict of acquittal. The Crown now appeals to this Court.

William Goldhart a été déclaré coupable de possession et de culture de stupéfiants en raison de sa participation à des activités de production de marijuana. La Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 72, a annulé les déclarations de culpabilité de Goldhart pour le motif que le témoignage de vive voix du seul témoin à charge (Gerald Mayer) avait été obtenu grâce à une violation de la *Charte*. Selon la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, l'utilisation du témoignage de Mayer au procès aurait déconsidéré l'administration de la justice. La Cour d'appel a donc ordonné que cet élément de preuve soit écarté conformément au par. 24(2) de la *Charte*. À la suite de cette décision, les déclarations de culpabilité prononcées contre Goldhart ont été annulées et remplacées par un verdict d'acquiescement. Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour.

³ In assessing the merits of the Crown's appeal, it is necessary to review the circumstances in which

Pour évaluer le bien-fondé du pourvoi du ministère public, il est nécessaire d'examiner les cir-

the evidence at issue (i.e., the oral evidence given by Gerald Mayer) came to be “obtained” by the Crown. Only if this evidence was “obtained in a manner” that violated the *Charter* within the meaning of s. 24(2) can the evidence be excluded under that section. If the evidence should not have been excluded under the *Charter*, the evidence must be admitted and the appeal must be allowed.

The investigation that ultimately led to Goldhart’s arrest commenced in February 1991. At that time, the Peterborough Police received a tip that narcotics were being cultivated by the occupants of a converted schoolhouse near Ennismore, Ontario. According to information that had been given to the police, an individual named “Willie” was operating a hydroponic marijuana garden in the building. The property on which the converted schoolhouse was located was registered to Mr. Robert Spence, and a vehicle belonging to William Goldhart (the respondent) had been sighted on the property in question.

Constable Robert Campbell of the Peterborough Police kept the converted schoolhouse under surveillance, but found little information that could further the investigation. At one point in the course of the police investigation, Constable Campbell and a colleague had knocked on the doors of the schoolhouse in order to meet with the occupants of the building. Unfortunately for the officers conducting the investigation, no one ever answered the schoolhouse door.

Constable Campbell and his colleagues left the converted schoolhouse, and concocted a plan to further their largely fruitless investigation. Constable Campbell decided to approach the schoolhouse again and knock on the door a second time, this time masquerading as the grandson of the building’s former owner. According to Constable Campbell, the purpose of this ruse was to make contact with the occupants of the building, and to ascertain whether there were narcotics within the structure. The police returned to the schoolhouse and Constable Campbell attempted to carry out his plan.

constances dans lesquelles le ministère public est arrivé à «obten[ir]» l’élément de preuve en cause (c.-à-d. le témoignage oral de Gerald Mayer). Ce n’est que si cet élément de preuve a été «obten[u] dans des conditions» qui violent la *Charte*, au sens du par. 24(2), qu’il peut être écarté en vertu de ce paragraphe. Si l’élément de preuve n’avait pas dû être écarté en vertu de la *Charte*, il faudrait en permettre l’utilisation et accueillir le pourvoi.

L’enquête qui a mené à l’arrestation de Goldhart a commencé en février 1991. À l’époque, la police de Peterborough a été informée que des stupéfiants étaient cultivés par les occupants d’une école transformée située près de Ennismore (Ontario). Selon cette dénonciation, un individu du nom de «Willie» se livrait à la culture hydroponique de marijuana dans cet édifice. Le terrain sur lequel se trouvait l’école transformée était enregistré au nom de M. Robert Spence, et un véhicule appartenant à William Goldhart (l’intimé) avait été aperçu sur les lieux en question.

L’agent Robert Campbell de la police de Peterborough avait surveillé l’école transformée, mais n’avait recueilli que peu de renseignements susceptibles de faire avancer l’enquête. À un certain moment au cours de l’enquête policière, l’agent Campbell et un collègue avaient frappé aux portes de l’école dans le but d’en rencontrer les occupants. Malheureusement pour les policiers qui procédaient à l’enquête, personne n’est venu répondre à la porte.

L’agent Campbell et ses collègues ont quitté les lieux et ont conçu un plan qui leur permettrait de faire avancer leur enquête largement infructueuse. L’agent Campbell a décidé de retourner sur les lieux et de frapper une deuxième fois à la porte, en se faisant passer, cette fois, pour le petit-fils de l’ancien propriétaire de l’édifice. Selon l’agent Campbell, ce subterfuge avait pour but d’entrer en communication avec les occupants de l’édifice et de vérifier s’il y avait des stupéfiants dans la bâtisse. La police est retournée à l’école et l’agent Campbell a tenté de mettre à exécution son plan.

4

5

6

7 Upon arriving at the schoolhouse, Constable Campbell circled the building and approached the back door, still hoping to knock on the door and confront the residents. As Constable Campbell approached the door, however, he detected the strong odour of marijuana.

8 Constable Campbell asked several of his colleagues to confirm that the odour in question was the scent of marijuana. The other officers confirmed Constable Campbell's observations and suspected that the odour came from a vent in the building's gable. The officers further noted that the windows of the schoolhouse had been "blacked out", making it impossible to see the structure's interior. After taking note of their sensory observations, the officers left the building without attempting to enter.

9 Using the results of their "olfactory surveillance", the police obtained a warrant and returned to search the building. In the basement of the schoolhouse, the police discovered and seized a hydroponic garden which included approximately 3,000 marijuana plants. The occupants of the schoolhouse were identified as Judith Slippoy, Gerald Mayer and William Goldhart, each of whom was arrested for the possession and cultivation of narcotics.

10 On June 13, 1991, one of the occupants of the schoolhouse (Gerald Mayer) attended court for the purposes of a preliminary hearing. Mayer had been advised that the propriety of the search was being questioned, and that the evidence obtained through the search could be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Against the advice of his counsel, however, Mayer pleaded guilty to the offence of cultivating narcotics, notwithstanding his counsel's suggestion that he could have been acquitted. According to Mayer, a recent religious conversion had led him to enter the plea of guilty, as he wanted "to get something out of [his] heart".

11 The trial of the respondent Goldhart began on October 19, 1992. At the commencement of the trial, Goldhart's counsel challenged the admissibility of the marijuana plants that had been seized in the search of the converted schoolhouse. Murphy

À son arrivée, l'agent Campbell a fait le tour de l'école et s'est approché de la porte arrière, espérant toujours pouvoir frapper à la porte et rencontrer les occupants. Cependant, comme il s'approchait de la porte, l'agent Campbell a décelé une forte odeur de marijuana.

L'agent Campbell a demandé à plusieurs de ses collègues de confirmer qu'il s'agissait bien là d'une odeur de marijuana. Les autres agents ont confirmé les observations de l'agent Campbell et ont cru que l'odeur provenait d'une bouche d'aération située dans le pignon de l'édifice. Les agents ont aussi remarqué que les fenêtres de l'école avaient été «obstruées» de manière à empêcher de voir à l'intérieur de la bâtisse. Après avoir noté leurs observations sensorielles, les agents se sont éloignés de l'édifice sans tenter d'y pénétrer.

La police s'est procurée un mandat à l'aide des résultats de sa «surveillance olfactive» et elle est retournée à l'édifice afin d'y effectuer une perquisition. Dans le sous-sol de l'école, la police a découvert et saisi un jardin hydroponique dans lequel poussaient environ 3 000 plants de marijuana. Les occupants de l'école ont été identifiés comme étant Judith Slippoy, Gerald Mayer et William Goldhart, et ont tous été arrêtés pour possession et culture de stupéfiants.

Le 13 juin 1991, l'un des occupants de l'école (Gerald Mayer) s'est présenté en cour pour y subir une enquête préliminaire. Mayer avait été informé que le bien-fondé de la perquisition était mis en doute et que la preuve obtenue au moyen de cette perquisition pourrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Toutefois, contrairement aux conseils de son avocat, Mayer a plaidé coupable à l'accusation d'avoir fait la culture d'un stupéfiant, malgré que son avocat lui ait laissé entendre qu'il pourrait être acquitté. Selon Mayer, sa conversion religieuse récente l'avait amené à plaider coupable et à vouloir [TRADUCTION] «[se] vider le cœur».

Le procès de l'intimé Goldhart a débuté le 19 octobre 1992. À l'ouverture du procès, l'avocat de Goldhart a contesté l'admissibilité en preuve des plants de marijuana saisis lors de la perquisition effectuée dans l'école transformée. Le juge

J. of the Ontario Court, General Division held a *voir dire* in order to determine whether the relevant evidence was admissible under s. 24(2) of the *Charter*. Relying on the decision of this Court in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, Murphy J. determined that the search had been unreasonable and that “the evidence obtained as a result of the search warrant should be excluded”. Murphy J. rejected the officers’ claim that they had attended at Goldhart’s home for the purpose of identifying the occupants of the schoolhouse. According to the trial judge, the police were engaged in a search, and the purpose of that search was to gather evidence that could provide the police with sufficient grounds for a warrant.

At the conclusion of the *voir dire* concerning the marijuana plants, the Crown was granted an adjournment to reconsider its position. When Goldhart’s trial finally resumed, the Crown advised the court that it intended to call Gerald Mayer to give *viva voce* evidence against the accused. Counsel for Goldhart applied to have Mayer’s testimony excluded under s. 24(2) on the ground that Mayer’s evidence had been derived from the unreasonable search and seizure.

Murphy J. held a second *voir dire* in order to determine whether Mayer’s evidence should be excluded under s. 24(2). After reviewing the relevant cases, Murphy J. determined that the evidence was admissible as its admission would not adversely affect the fairness of Goldhart’s trial. The evidence was admitted, and Goldhart was convicted on the strength of Mayer’s evidence. Goldhart appealed his convictions to the Ontario Court of Appeal, where a majority of the court allowed the appeal on the grounds that the evidence given by Mayer should have been excluded under s. 24(2). As a result of this decision, the Court of Appeal quashed Goldhart’s convictions and entered a verdict of acquittal. The Crown now appeals that decision to this Court.

Murphy, de la Cour de l’Ontario (Division générale), a tenu un *voir-dire* afin de déterminer si la preuve en question pouvait être utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. S’appuyant sur l’arrêt de notre Cour *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, le juge Murphy a décidé que la perquisition avait été abusive et que [TRADUCTION] «la preuve obtenue à la suite de l’exécution du mandat de perquisition devrait être écartée». Le juge Murphy a rejeté l’allégation des policiers selon laquelle ils s’étaient rendus chez Goldhart dans le but d’identifier les occupants de l’école. Selon le juge du procès, les policiers avaient effectué une perquisition dans le but de recueillir des éléments de preuve qui pourraient leur donner des motifs suffisants pour obtenir un mandat.

À l’issue du *voir-dire* concernant les plants de marijuana, le ministère public a obtenu un ajournement afin de réexaminer sa position. Lorsque le procès de Goldhart a finalement repris, le ministère public a informé la cour qu’il avait l’intention d’appeler Gerald Mayer à témoigner de vive voix contre l’accusé. L’avocat de Goldhart a demandé que le témoignage de Mayer soit écarté en vertu du par. 24(2), pour le motif qu’il s’agissait d’une preuve découlant de la perquisition et de la saisie abusives.

Le juge Murphy a tenu un second *voir-dire* pour déterminer si le témoignage de Mayer devait être écarté en vertu du par. 24(2). Après avoir examiné la jurisprudence pertinente, le juge Murphy a statué que la preuve pouvait être utilisée étant donné que son utilisation ne nuirait pas à l’équité du procès de Goldhart. Goldhart a été déclaré coupable sur la foi du témoignage de Mayer qui a été admis en preuve. Goldhart a interjeté appel contre ses déclarations de culpabilité devant la Cour d’appel de l’Ontario qui, à la majorité, a accueilli l’appel pour le motif que le témoignage de Mayer aurait dû être écarté en vertu du par. 24(2). À la suite de cette décision, la Cour d’appel a annulé les déclarations de culpabilité de Goldhart et a inscrit un verdict d’acquiescement. Le ministère public se pourvoit maintenant contre cet arrêt devant notre Cour.

12

13

14 For the purposes of this appeal, the Crown has made several important concessions. First, the Crown admits that the warrant used to search the converted schoolhouse was obtained on the strength of unlawfully garnered evidence. The Crown has properly admitted that, without the information gleaned from the unlawful perimeter search of the old schoolhouse, the warrant that was relied on in this case could not have issued. As a result, the Crown concedes that the search conducted under the warrant was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

II. Relevant Legislation

15 Sections 8 and 24(2) of the *Charter* provide as follows:

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

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Judgments in Appeal

(a) *Ontario Court, General Division (voir dire)*, Murphy J.

16 Murphy J. began by reviewing the judgment of the Ontario Court (General Division) in *R. v. Church of Scientology of Toronto (No. 2)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 341, which dealt with issues similar to the ones raised in this case. In *Church of Scientology*, the court had been asked to exclude the evidence of five former scientologists who were discovered by the Crown through search which violated the *Charter*. According to the court, at p. 344:

The first question to be decided is whether the obtaining of the secondary evidence is sufficiently connected with the breach of the Charter. If so, the second

Aux fins du présent pourvoi, le ministère public a fait plusieurs admissions importantes. Premièrement, le ministère public admet que le mandat utilisé pour perquisitionner dans l'école transformée a été obtenu sur la foi d'éléments de preuve recueillis illégalement. Le ministère public a admis à juste titre que, sans l'information recueillie grâce à la perquisition périphérique illégale de l'ancienne école, le mandat sur lequel on s'est fondé en l'espèce n'aurait pas été décerné. Par conséquent, le ministère public admet que la perquisition effectuée en vertu du mandat était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

II. Dispositions pertinentes

L'article 8 et le par. 24(2) de la *Charte* se lisent ainsi:

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

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Juridictions inférieures

a) *Cour de l'Ontario (Division générale) (voir-dire)*, le juge Murphy

Le juge Murphy a commencé par examiner le jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) *R. c. Church of Scientology of Toronto (No. 2)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 341, qui portait sur des questions semblables à celles soulevées en l'espèce. Dans l'affaire *Church of Scientology*, on avait demandé à la cour d'écartier les éléments de preuve de cinq anciens scientologistes, découverts par le ministère public grâce à une perquisition effectuée en violation de la *Charte*. Selon la cour, à la p. 344:

[TRADUCTION] Il faut d'abord décider si l'obtention de la preuve secondaire est suffisamment liée à la violation de la Charte. Dans l'affirmative, la seconde question qui

question under s. 24(2) of the Charter is whether the admission of the secondary evidence would bring the administration of justice into disrepute.

The court in *Church of Scientology* found a causal connection between the search and the *viva voce* evidence given by the scientologists, and accordingly concluded that the evidence triggered the application of s. 24(2) of the Charter. According to Goldhart's counsel in this case, *Church of Scientology* was analogous to the facts of the case at bar, leading to the conclusion that Mayer's *viva voce* evidence, like that of the scientologists, was subject to exclusion under the Charter.

Murphy J. considered the presence or absence of a connection between the evidence given by Mayer and the unreasonable search and seizure in this case. In Murphy J.'s opinion:

There is a possibility that the police might have approached [Mayer] without the aid of the search. There was certainly ample time for the police to make a contact with [Mayer] as they were aware of the presence of [Mayer's] vehicle some considerable time before the search occurred.

However, Murphy J. went on to state that:

... the applicants have satisfied me on the balance of probabilities that there is a causal connection between the seizure of the marijuana plants in violation of the Charter and the evidence obtained from Mr. [Mayer].

I am not able to say that Mr. [Mayer] would have come forward had he not been arrested. The arrest was causally connected with the Charter breach.

According to Murphy J., this led to the conclusion that Mayer's evidence had been "obtained in a manner" that breached the Charter, thereby engaging the application of s. 24(2). As a result, if the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, the evidence could be excluded under s. 24(2).

In regard to s. 24(2), Murphy J. found it useful to consider how Mayer had come forward. Murphy J. stated:

se pose, en vertu du par. 24(2) de la Charte, est de savoir si l'utilisation de la preuve secondaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dans la décision *Church of Scientology*, la cour a conclu à l'existence d'un lien causal entre la perquisition et les témoignages de vive voix des scientologues, et elle a donc décidé que la preuve déclenchait l'application du par. 24(2) de la Charte. Selon l'avocat de Goldhart en l'espèce, les faits de la décision *Church of Scientology* étaient semblables à ceux de la présente affaire, ce qui amenait à conclure que le témoignage de vive voix de Mayer, comme celui des scientologues, pouvait être écarté en vertu de la Charte.

Le juge Murphy a pris en considération l'existence ou l'absence de lien entre le témoignage de Mayer et les perquisition et saisie abusives effectuées en l'espèce. Selon lui:

[TRADUCTION] Il se peut que la police ait été en mesure d'approcher [Mayer] sans avoir recours à la perquisition effectuée. La police disposait sûrement de suffisamment de temps pour communiquer avec [Mayer] étant donné qu'elle était au courant de la présence du véhicule de [Mayer] bien avant la perquisition.

Toutefois, le juge Murphy ajoute:

[TRADUCTION] ... les requérants m'ont convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe un lien causal entre la saisie des plants de marijuana effectuée en violation de la Charte et la preuve obtenue auprès de M. [Mayer].

Je suis incapable d'affirmer que M. [Mayer] se serait manifesté s'il n'avait pas été arrêté. L'arrestation avait un lien causal avec la violation de la Charte.

Selon le juge Murphy, cela amenait à conclure que le témoignage de Mayer avait été «obten[u] dans des conditions» qui violaient la Charte, ce qui avait pour effet de déclencher l'application du par. 24(2). Par conséquent, si l'utilisation du témoignage était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ce témoignage pouvait être écarté en vertu du par. 24(2).

En ce qui concerne le par. 24(2), le juge Murphy a trouvé utile d'examiner comment Mayer s'était manifesté:

Mr. [Mayer], at his preliminary inquiry, gave evidence that he did not wish to testify but he would, and because of his religion he would tell the truth. In his evidence on the voir dire Mr. [Mayer] indicated a strong willingness to testify. He indicated he decided to plead guilty in order to get the matter off his chest. He entered the plea despite the advice from his counsel. He was told that there might be a defence based on a Charter application. He was told that the other two accused were going to mount such an attack and that he could sit in the bushes and see if they were successful in their attack. There is no evidence that he was offered any consideration for his plea and testimony.

[TRADUCTION] À son enquête préliminaire, M. [Mayer] a affirmé qu'il ne voulait pas témoigner, mais qu'il le ferait et dirait la vérité à cause de sa religion. Pendant son témoignage lors du voir-dire, M. [Mayer] a montré qu'il était fort déterminé à témoigner. Il a dit qu'il avait décidé de plaider coupable afin de se vider le cœur. Il a inscrit ce plaidoyer malgré les conseils de son avocat. On lui a dit qu'il pourrait y avoir un moyen de défense fondé sur l'application de la Charte. On lui a dit que les deux autres accusés prépareraient une telle contestation et qu'il pourrait attendre pour voir si leur contestation serait fructueuse. Il n'y a aucune preuve qu'on lui ait offert quelque chose en échange de son plaidoyer et de son témoignage.

¹⁹ After reviewing the relevant factors, Murphy J. ruled in favour of the admission of the evidence. He concluded as follows:

Après avoir examiné les facteurs pertinents, le juge Murphy s'est dit en faveur de l'utilisation du témoignage. Il a conclu ceci:

I have found the evidence of [Mayer] to be causally connected to the Charter breach, but as my judgment it is still open to me to consider the willingness of Mr. [Mayer] to testify as one of the factors to consider on the issue of s. 24(2), and particularly as it relates to the disrepute if the evidence is excluded. I am satisfied that Mr. [Mayer] is now expressing his own free will when he told the Court that he wishes to testify. It is not related to any favour or inducements. Mr. [Mayer] is a born-again Christian and one is always suspicious of the timing of such a conversion when it is so closely connected to a plea of guilty on a serious charge. I am satisfied that Mr. [Mayer's] decision is truly the product of a detached reflection and the expression of a sincere desire to co-operate.

[TRADUCTION] J'ai conclu que le témoignage de [Mayer] a un lien causal avec la violation de la Charte, mais à mon avis, il m'est toujours loisible de considérer la volonté de témoigner de M. [Mayer] comme étant l'un des facteurs dont il faut tenir compte pour examiner la question du par. 24(2), plus particulièrement en ce qui concerne la déconsidération qui résulterait de l'exclusion de ce témoignage. Je suis convaincu que M. [Mayer] exerce vraiment son libre arbitre lorsqu'il dit à la cour qu'il désire témoigner. Cela n'a rien à voir avec quelque faveur ou incitation que ce soit. Monsieur [Mayer] est un chrétien régénéré, et l'on se méfie toujours d'une conversion si intimement liée à un plaidoyer de culpabilité relatif à une accusation grave. Je suis convaincu que la décision de M. [Mayer] est réellement le fruit d'une réflexion objective et l'expression d'un désir sincère de coopérer.

Applying the principles that I have reviewed that there should be greater reluctance to exclude live evidence from witnesses, I therefore dismiss the application because to exclude the evidence of a live witness on a trial of this nature would, in my judgment, bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable man dispassionate and fully appraised [*sic*] of the circumstances of this case.

Appliquant les principes que j'ai examinés, selon lesquels les tribunaux devraient hésiter davantage à écarter les témoignages en direct, je rejette donc la demande parce que j'estime qu'écarter un témoignage présenté en direct dans un procès de cette nature serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et parfaitement au courant des circonstances de l'affaire.

Labrosse J.A. for the majority (Abella J.A. concurring)

The first question considered by the majority of the Court of Appeal was whether the evidence given by Mayer had been obtained in a manner that breached the *Charter*, and, therefore, attracted the application of s. 24(2) of the *Charter*.

Labrosse J.A. noted that the trial judge had found a causal connection between the evidence and the breach of s. 8 in the instant case, and that counsel had conceded that this finding could not be attacked. In any event, Labrosse J.A. found that the finding of the trial judge on this issue had been reasonable. According to Labrosse J.A., at p. 77:

The connection was clearly present. Without the illegal search, Mayer would not have been arrested or charged. He would have had no reason to come forward and plead guilty and he would have had no opportunity to give evidence against the appellant.

Labrosse J.A. accordingly concluded, at p. 77, that “the trial judge was correct in finding that Mayer’s evidence was gained in contravention of the *Charter*” and s. 24(2) was engaged.

Having found that s. 24(2) of the *Charter* was engaged, Labrosse J.A. went on to consider whether the evidence given by Mayer should be excluded under that section. After a review of the principles relating to s. 24(2), Labrosse J.A. determined that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. He, therefore, set aside the convictions and ordered an acquittal.

Brooke J.A., dissenting

Brooke J.A. saw no apparent reason to depart from Murphy J.’s decision on the application of s. 24(2). In Brooke J.A.’s opinion, at p. 83:

It is clear from his judgment that his concern was how to deal with live witness testimony as opposed to real

Le juge Labrosse, au nom de la cour à la majorité (avec l’appui du juge Abella)

La Cour d’appel à la majorité a d’abord examiné la question de savoir si le témoignage de Mayer avait été obtenu dans des conditions qui violaient la *Charte* et qui entraînaient donc l’application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge Labrosse a noté que le juge du procès avait conclu à l’existence d’un lien causal entre l’élément de preuve et la violation de l’art. 8 en l’espèce, et que l’avocat avait admis que cette conclusion ne pouvait pas être contestée. De toute façon, le juge Labrosse a décidé que la conclusion du juge du procès sur cette question était raisonnable. Selon le juge Labrosse, à la p. 77:

[TRADUCTION] Le lien existait clairement. Sans la perquisition illégale, Mayer n’aurait pas été arrêté ni accusé. Il n’aurait eu aucune raison de venir plaider coupable et il n’aurait pas eu l’occasion de témoigner contre l’appelant.

Le juge Labrosse a donc statué, à la p. 77, que [TRADUCTION] «le juge du procès a eu raison de conclure que le témoignage de Mayer a été obtenu en contravention de la *Charte*» et que le par. 24(2) s’appliquait.

Après avoir conclu que le par. 24(2) de la *Charte* s’appliquait, le juge Labrosse s’est ensuite demandé si le témoignage de Mayer devait être écarté en vertu de ce paragraphe. Après avoir examiné les principes relatifs au par. 24(2), le juge Labrosse a décidé que l’utilisation de la preuve serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Il a donc annulé les déclarations de culpabilité et prononcé l’acquittement.

Le juge Brooke, dissident

Le juge Brooke n’a vu aucune raison évidente de s’écarter de la décision du juge Murphy quant à l’application du par. 24(2). Selon le juge Brooke, à la p. 83:

[TRADUCTION] Il est clair, à la lecture de son jugement, qu’il se souciait de la façon de traiter un témoignage en

20

21

22

23

evidence or evidence which might be conscripted from the appellant or derivative from it.

Brooke J.A. ultimately agreed with the manner in which Murphy J. had addressed this difficult issue.

24 In considering whether Mayer's evidence had been "obtained in a manner" that violated the *Charter*, Brooke J.A. relied on the decision of this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. In that case, this Court had counselled against the strict application of a "causal connection" analysis and instead adopted, at p. 1005, an approach that "focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained". In Brooke J.A.'s opinion, the Court's decision in *Strachan* made it clear that "remoteness" should be measured by taking into account each link in the chain of the circumstances leading to the discovery of the evidence in each particular case.

25 In the present appeal, at p. 85, Brooke J.A. found it "conceptually difficult" to say that the evidence given by Mayer was "discovered or obtained by the police through the violation of the appellant's rights". In Brooke J.A.'s opinion, at p. 85:

Testimony is the product of a person's mind and known only if and when that person discloses it. It cannot be obtained or discovered in any other way. Testimony which is heard for the first time some months after a search cannot be equated with or analogized to evidence of an inanimate thing found or seized when an illegal search is carried out.

According to Brooke J.A., there was no causal connection between the evidence given by Mayer and the breach of s. 8. In Brooke J.A.'s opinion, at pp. 85-86:

Clearly, the testimony of Mayer cannot be said to be derivative of the breach as was the case of the testimony of Hall in *R. v. Burlingham* . . . [1995] 2 S.C.R. 206 There may be some link to the evidence of the finding of the marijuana, but this is surely not a basis on which to say the testimony was discovered or obtained by the breach of the appellant's rights. There must be a point at

direct par opposition à une preuve matérielle ou à une preuve qui pourrait être obtenue en mobilisant l'appellant contre lui-même, ou qui pourrait en découler.

Le juge Brooke s'est finalement dit en accord avec la façon dont le juge Murphy avait abordé cette question épineuse.

Pour déterminer si le témoignage de Mayer avait été «obten[u] dans des conditions» qui violaient la *Charte*, le juge Brooke s'est appuyé sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. Dans cet arrêt, la Cour a déconseillé l'application stricte d'une analyse fondée sur le «lien de causalité» et a plutôt adopté, à la p. 1005, une méthode qui «met l'accent sur toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus». Selon le juge Brooke, l'arrêt *Strachan* a bien établi que le «caractère éloigné» devrait, dans chaque cas particulier, être évalué en fonction de chaque maillon de la chaîne des circonstances ayant mené à la découverte de la preuve.

En l'espèce, le juge Brooke a conclu, à la p. 85, qu'il était [TRADUCTION] «difficile sur le plan des concepts» de dire que l'élément de preuve fourni par Mayer avait été [TRADUCTION] «découvert ou obtenu par la police grâce à la violation des droits de l'appellant». Selon le juge Brooke, à la p. 85:

[TRADUCTION] Le témoignage est le fruit de la pensée d'une personne et il n'est connu que si et lorsque la personne le présente. Il ne peut pas être obtenu ou découvert par quelque autre moyen. Le témoignage qui est entendu pour la première fois quelques mois après une fouille ou perquisition ne saurait être assimilé à un élément de preuve constitué par un objet inanimé trouvé ou saisi lors d'une fouille ou perquisition illégale.

Selon le juge Brooke, il n'y avait pas de lien causal entre le témoignage de Mayer et la violation de l'art. 8. D'après lui, aux pp. 85 et 86:

[TRADUCTION] Il est clair qu'on ne peut pas affirmer que le témoignage de Mayer découle de la violation comme c'était le cas du témoignage de Hall dans l'arrêt *R. c. Burlingham* [. . .] [1995] 2 R.C.S. 206 [. . .] Il peut y avoir un certain lien avec la preuve de la découverte de marijuana, mais cela ne permet sûrement pas de dire que le témoignage a été découvert ou obtenu grâce à la vio-

which a chain connecting the breach and the testimony is sufficiently weakened as to render the testimony untainted or too remote from the original breach. If this is not so, the ramifications may be far-reaching with respect to the exclusion of testimony of a co-accused where the Crown seeks to take advantage of it. In my opinion, the link between the breach and Mayer's testimony does not survive an analysis of remoteness or attenuation.

As a result, Brooke J.A. concluded that Mayer's testimony was insufficiently connected to the *Charter* breach to have been "obtained in a manner" that breached the *Charter*.

Finally, Brooke J.A. noted that even if the evidence had been obtained in a manner that breached the *Charter*, he would nonetheless have held that it was admissible under s. 24(2). In Brooke J.A.'s opinion, the trial judge had not erred in assessing the factors set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. As far as the fairness of Goldhart's trial was concerned, Brooke J.A. was of the view that in view of the tenuous connection between Mayer's evidence and the *Charter* breach, admitting the evidence was not unfair.

While Brooke J.A. agreed that the breach of the *Charter* in this case was very serious, he went on to hold that the admission of the evidence given by Mayer would not diminish the esteem in which the public holds the administration of justice. As a result, Brooke J.A. determined that the evidence was admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

IV. Issues

1. Was the *viva voce* evidence of Mayer obtained "in a manner" that violated the *Charter* so as to attract the provisions of s. 24(2) thereof?

2. If the answer to question 1 is "yes", would admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute?

lation des droits de l'appelant. Il doit y avoir un point où le lien entre la violation et le témoignage est suffisamment affaibli pour que le témoignage ne soit pas vicié et qu'il soit trop éloigné de la violation initiale. Sinon, les ramifications peuvent aller loin en ce qui concerne l'exclusion du témoignage d'un coaccusé lorsque le ministère public tente d'en tirer profit. À mon avis, le lien entre la violation et le témoignage de Mayer ne résiste pas à une analyse du caractère éloigné ou de l'atténuation.

Par conséquent, le juge Brooke a conclu que le témoignage de Mayer n'était pas suffisamment lié à la violation de la *Charte* pour pouvoir avoir été «obten[u] dans des conditions» qui ont violé la *Charte*.

Enfin, le juge Brooke a fait remarquer que même si cet élément de preuve avait été obtenu dans des conditions qui auraient violé la *Charte*, il aurait néanmoins conclu qu'il était utilisable en vertu du par. 24(2). Selon le juge Brooke, le juge du procès ne s'était pas trompé dans son appréciation des facteurs énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. En ce qui concernait l'équité du procès de Goldhart, le juge Brooke était d'avis que, compte tenu du lien ténu entre le témoignage de Mayer et la violation de la *Charte*, il n'était pas inéquitable d'utiliser cet élément de preuve.

Bien que le juge Brooke ait été d'accord pour dire que la violation de la *Charte* en l'espèce était très grave, il a ajouté que l'utilisation du témoignage de Mayer ne diminuerait pas la considération du public pour l'administration de la justice. Le juge Brooke a donc décidé que l'élément de preuve pouvait être utilisé aux termes du par. 24(2) de la *Charte*.

IV. Questions en litige

1. Le témoignage de vive voix de Mayer a-t-il été obtenu «dans des conditions» qui violent la *Charte*, de manière à entraîner l'application des dispositions de son par. 24(2)?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'utilisation de ce témoignage est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

26

27

28

29

30 The respondent seeks to raise an additional issue relating to the admissibility of evidence that a key was seized from the respondent at the time of arrest. This evidence was admitted without objection at trial and is not the subject of any comment in the judgments in the Court of Appeal. It appears that the Court of Appeal refused to entertain the matter. While we have a discretion to allow a new issue to be raised in this Court, it should not be exercised in favour of the respondent in this case.

V. Analysis

31 I conclude in these reasons that the answer to the question raised in the first issue should be in the negative. It is therefore unnecessary to deal with the second issue.

32 Section 24(2) of the *Charter* makes it clear that only evidence that was “obtained in a manner” that breached the *Charter* can be subject to exclusion under that section. In the Crown’s submission, the evidence given by Mayer is not sufficiently connected to the breach of s. 8 to warrant the invocation of s. 24(2). In other words, the Crown contends that the evidence given by Mayer was not “obtained in a manner” that breached the *Charter*.

33 When can evidence be said to have been “obtained in a manner” that breached the *Charter*? The proper method of determining whether s. 24(2) of the *Charter* is engaged was developed by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *Strachan*, *supra*. In both cases, the Court rejected the strict application of the form of “causal analysis” relied on by the courts below in the instant case.

34 In *Therens*, a majority of this Court made it clear that the “causal connection approach” is often unhelpful in determining whether a piece of evidence can attract the application of s. 24(2) of the *Charter*. Le Dain J., speaking for the majority on this point, stated, at p. 649:

L’intimé cherche à soulever une autre question concernant la possibilité d’utiliser une preuve qu’on lui a saisi une clé lors de son arrestation. Cet élément de preuve a été utilisé sans que l’on s’y oppose au procès et il ne fait l’objet d’aucun commentaire dans les motifs de la Cour d’appel. Il semble que la Cour d’appel a refusé d’entendre l’affaire. Bien que nous ayons le pouvoir discrétionnaire de permettre qu’une nouvelle question soit soulevée devant notre Cour, il n’y a pas lieu d’exercer ce pouvoir en faveur de l’intimé en l’espèce.

V. Analyse

Je conclus, dans les présents motifs, qu’il y a lieu de répondre par la négative à la première question en litige. Il n’est donc pas nécessaire d’examiner la deuxième question.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* précise clairement que seuls les éléments de preuve «obtenus dans des conditions» qui violent la *Charte* peuvent être écartés en vertu de ce paragraphe. Selon le ministère public, le témoignage de Mayer n’est pas suffisamment lié à la violation de l’art. 8 pour justifier le recours au par. 24(2). En d’autres termes, le ministère public soutient que le témoignage de Mayer n’a pas été «obten[u] dans des conditions» qui violent la *Charte*.

Quand peut-on dire que des éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions» qui violent la *Charte*? La façon de déterminer si le par. 24(2) de la *Charte* s’applique a été établie par notre Cour dans les arrêts *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *Strachan*, précité. Dans les deux cas, la Cour a rejeté l’application stricte de la formule de l’«analyse causale» sur laquelle les tribunaux de juridiction inférieure se sont fondés en l’espèce.

Dans l’arrêt *Therens*, la Cour à la majorité a affirmé clairement que la «méthode du lien causal» est souvent inefficace pour déterminer si un élément de preuve peut entraîner l’application du par. 24(2) de la *Charte*. À ce sujet, le juge Le Dain affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 649:

It is not necessary to establish that the evidence would not have been obtained but for the violation of the *Charter*. Such a view gives adequate recognition to the intrinsic harm that is caused by a violation of a *Charter* right or freedom, apart from its bearing on the obtaining of evidence. I recognize, however, that in the case of derivative evidence, which is not what is in issue here, some consideration may have to be given in particular cases to the question of relative remoteness.

The question of “relative remoteness” or proximity, which is central to the issues in this case, was addressed by the Court in *Strachan*. In that case, Dickson C.J., speaking for the Court, warned against the “pitfalls of causation”, and instead embarked upon a form of “proximity analysis” that measures the entire relationship between a breach of the *Charter* and subsequently discovered evidence. Dickson C.J. stated, at pp. 1005-6:

In my view, all of the pitfalls of causation may be avoided by adopting an approach that focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained. Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be “obtained in a manner” that infringed the *Charter*. In my view, these situations should be dealt with on a case by case basis. There can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a *Charter* right becomes too remote.

In these judgments of our Court, causation was rejected as the sole touchstone of the application of

Il n'est pas nécessaire d'établir que la preuve n'aurait pas été obtenue n'eût été la violation de la *Charte*. Un tel point de vue reconnaît suffisamment le préjudice intrinsèque que cause la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* sans parler de son incidence sur l'obtention d'éléments de preuve. Je conviens toutefois que, dans le cas d'une preuve dérivée, ce dont il n'est pas question en l'espèce, il peut parfois être nécessaire d'examiner la question de l'absence relative du lien de causalité.

Dans l'arrêt *Strachan*, notre Cour a abordé la question de l'«absence relative du lien de causalité» ou du lien étroit, qui est cruciale relativement aux questions en litige dans la présente affaire. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a, au nom de la Cour, fait une mise en garde contre «les pièges que pose la question de la causalité», et s'est plutôt engagé dans une forme d'«analyse du lien étroit» qui consiste à évaluer l'ensemble du rapport qui existe entre une violation de la *Charte* et les éléments de preuve subséquemment découverts. Le juge en chef Dickson affirme, aux pp. 1005 et 1006:

À mon avis, tous les pièges que pose la question de la causalité peuvent être évités par l'adoption d'un point de vue qui met l'accent sur toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus. En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Toutefois, la présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*. À mon avis, ces situations devraient être considérées individuellement. Il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés.

Dans ces arrêts, notre Cour a refusé de reconnaître le lien de causalité comme seule pierre angu-

s. 24(2) of the *Charter* by reason of the pitfalls that are inherent in the concept. Its use in other areas of the law has been characterized by attempts to place limits on its reach. The happening of an event can be traced to a whole range of causes along a spectrum of diminishing connections to the event. The common law of torts has grappled with the problem of causation. In order to inject some degree of restraint on the potential reach of causation, the concepts of proximate cause and remoteness were developed. These concepts place limits on the extent of liability in order to implement the sound policy of the law that there exist a substantial connection between the tortious conduct and the injury for which compensation is claimed. On the other hand, causation need not be proved with scientific precision. See *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

laire de l'application du par. 24(2) de la *Charte*, en raison des pièges inhérents à ce concept. Son utilisation dans d'autres domaines du droit a été caractérisée par des tentatives d'en restreindre la portée. Un événement peut être rattaché à toute une gamme de causes ayant un lien de plus en plus ténu avec lui. La common law en matière de responsabilité délictuelle s'est attaquée au problème du lien de causalité. Les notions de la cause immédiate et du caractère éloigné ont été développées afin d'insuffler une certaine retenue quant à la portée éventuelle du lien de causalité. Ces notions fixent des limites à la responsabilité afin de mettre en application le sain principe juridique selon lequel il doit exister un lien important entre la conduite délictueuse et le préjudice dont on demande à être indemnisé. Par contre, l'existence d'un lien de causalité n'a pas à être établie avec une précision scientifique. Voir l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

37 Causation has also played an important role in other *Charter* jurisprudence. It is the basis for exclusion of evidence that would not have been discovered "but for" the existence of compelled testimony. See *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3. It is also a factor in the application of s. 24(2) as the underpinning of the principle of discoverability. See *Collins, supra*, and *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206.

Le lien de causalité a aussi joué un rôle important dans d'autres arrêts relatifs à la *Charte*. Il permet d'écartier des éléments de preuve qui n'auraient pas été découverts «n'eût été» l'existence d'un témoignage forcé. Voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3. En tant que fondement sur lequel repose le principe de la possibilité de découvrir la preuve, le lien de causalité est aussi un facteur dont il faut tenir compte en appliquant le par. 24(2). Voir *Collins*, précité, et *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

38 Cases decided by this Court subsequent to *Therens* and *Strachan* confirm the wisdom of the case-by-case approach. In a series of cases, we considered the applicability of s. 24(2) to the admissibility of evidence obtained in circumstances in which a warrantless perimeter search preceded the seizure of the evidence pursuant to a search warrant. In *Kokesch, supra*, the fruits of the warrantless search were the basis for securing the search warrant. Dickson C.J., speaking for a unanimous Court on this point, stated at p. 19:

Des arrêts que notre Cour a rendus à la suite de *Therens* et *Strachan* confirment la sagesse de la méthode du cas par cas. Dans une série d'arrêts, nous avons examiné la possibilité d'appliquer le par. 24(2) à la possibilité d'utiliser des éléments de preuve obtenus dans des circonstances où une perquisition périphérique sans mandat avait précédé leur saisie en vertu d'un mandat de perquisition. Dans l'arrêt *Kokesch*, précité, le fruit d'une perquisition sans mandat avait servi à obtenir le mandat de perquisition. Le juge en chef Dickson, affirme au nom de la Cour, unanime sur ce point, à la p. 19:

In my view, the nexus between the warrantless and unconstitutional search of the perimeter of the dwelling-house, and the subsequent discovery of the evidence, is sufficiently close that it can be concluded that the evidence was “obtained in a manner that infringed or denied” s. 8 of the *Charter*. . . .

In the case at bar, observations made by police officers during an unconstitutional search formed the foundation for a search warrant obtained the following day to search the observed premises. The temporal link was not broken by any intervening events and it follows that the evidence was obtained in a manner that violated the constitutional rights of the appellant. Consequently, it is necessary to engage in an inquiry, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, to determine the admissibility of evidence obtained during the subsequent constitutional search. [Emphasis added.]

The warrantless search was an integral part of the investigation. The unbroken temporal link between the warrantless search and the seizure permitted these two events to be treated as part of a single transaction. In view of these circumstances, consideration of a causal connection, which was undoubtedly present, was of little importance.

In *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, and *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, the information obtained as a result of unconstitutional warrantless perimeter searches was included in the material upon which the police relied to obtain search warrants. While it was material before the issuing justice, this Court concluded that if the illegally obtained information were expunged from the affidavits presented to the justice, the residue was a sufficient basis for the issue of the warrants. The warrants were, therefore, valid. The searches were, however, tainted by illegal warrantless searches which formed an integral part of a single investigatory transaction. The temporal and tactical connections were sufficiently strong to permit the Court to conclude that it was not realistic to view the perimeter searches as severable from the total investigatory process. In these cases, given the strength of the factors that I have

À mon avis, le lien entre la perquisition périphérique sans mandat, et donc inconstitutionnelle, de la maison d’habitation et la découverte ultérieure de la preuve est suffisamment étroit pour conclure que les éléments de preuve «ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à l’art. 8 de la *Charte* . . .

En l’espèce, des observations faites par des agents de police au cours d’une perquisition inconstitutionnelle ont servi de fondement à un mandat obtenu le lendemain autorisant la perquisition des lieux observés. Le lien temporel n’a pas été interrompu par des événements survenus dans l’intervalle et il s’ensuit que les éléments de preuve ont été obtenus d’une manière qui viole les droits constitutionnels de l’appelant. Par conséquent, il faut, en application du par. 24(2) de la *Charte*, examiner l’admissibilité des éléments de preuve obtenus au cours de la perquisition constitutionnelle subséquente. [Je souligne.]

La perquisition sans mandat faisait partie intégrante de l’enquête. Le lien temporel ininterrompu entre la perquisition sans mandat et la saisie permettait de considérer que ces deux événements faisaient partie d’une seule et même opération. Vu ces circonstances, la prise en considération d’un lien causal, qui existait certainement, avait peu d’importance.

Dans les arrêts *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, et *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, les renseignements obtenus à la suite de perquisitions périphériques inconstitutionnelles faisaient partie des éléments dont la police s’était servie pour obtenir des mandats de perquisition. Malgré leur inclusion au dossier devant le juge de paix chargé de décerner les mandats, notre Cour a conclu que si les renseignements obtenus illégalement étaient retirés des affidavits présentés au juge de paix, ce qui restait était suffisant pour justifier la délivrance des mandats. Les mandats étaient donc valides. Les perquisitions étaient cependant viciées par les perquisitions sans mandat illégales qui faisaient partie intégrante d’une seule et même opération d’enquête. Les liens temporel et tactique étaient suffisamment forts pour permettre à la Cour de conclure qu’il n’était pas réaliste de considérer que les perquisitions périphériques pouvaient être séparées de l’ensemble du processus d’enquête. Dans ces affaires, vu la force des facteurs que j’ai mentionnés, il

mentioned, it was not necessary to consider specifically the strength of the causal connection.

n'était pas nécessaire de procéder à un examen spécifique de la force du lien causal.

40 Although *Therens* and *Strachan* warned against over-reliance on causation and advocated an examination of the entire relationship between the *Charter* breach and the impugned evidence, causation was not entirely discarded. Accordingly, while a temporal link will often suffice, it is not always determinative. It will not be determinative if the connection between the securing of the evidence and the breach is remote. I take remote to mean that the connection is tenuous. The concept of remoteness relates not only to the temporal connection but to the causal connection as well. It follows that the mere presence of a temporal link is not necessarily sufficient. In obedience to the instruction that the whole of the relationship between the breach and the evidence be examined, it is appropriate for the court to consider the strength of the causal relationship. If both the temporal connection and the causal connection are tenuous, the court may very well conclude that the evidence was not obtained in a manner that infringes a right or freedom under the *Charter*. On the other hand, the temporal connection may be so strong that the *Charter* breach is an integral part of a single transaction. In that case, a causal connection that is weak or even absent will be of no importance. Once the principles of law are defined, the strength of the connection between the evidence obtained and the *Charter* breach is a question of fact. Accordingly, the applicability of s. 24(2) will be decided on a case-by-case basis as suggested by Dickson C.J. in *Strachan*.

Bien qu'on ait recommandé, dans les arrêts *Therens* et *Strachan*, de ne pas trop s'en remettre au lien de causalité et qu'on y ait préconisé un examen de l'ensemble du rapport entre la violation de la *Charte* et la preuve contestée, le lien de causalité n'a pas été complètement écarté. Par conséquent, bien qu'un lien temporel suffise souvent, il n'est pas toujours déterminant. Il ne sera pas déterminant si le lien entre l'obtention de la preuve et la violation est éloigné. Par éloigné, je considère que l'on veut dire ténu. Le concept du caractère éloigné s'applique non seulement au lien temporel, mais aussi au lien causal. Il s'ensuit que la seule existence d'un lien temporel n'est pas nécessairement suffisante. Conformément à la directive voulant qu'on examine l'ensemble du rapport entre la violation et la preuve obtenue, il convient que la cour examine la force du rapport causal. Si le lien temporel et le lien causal sont ténus tous les deux, la cour peut très bien conclure que la preuve n'a pas été obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Par contre, le lien temporel peut être fort à ce point que la violation de la *Charte* fait partie intégrante d'une seule et même opération. Dans un tel cas, la faiblesse ou même l'absence d'un lien causal sera sans importance. Une fois les principes de droit définis, la force du lien entre la preuve obtenue et la violation de la *Charte* est une question de fait. Par conséquent, la possibilité d'appliquer le par. 24(2) sera déterminée cas par cas, comme l'a proposé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Strachan*.

41 In concluding that s. 24(2) applied in this case, the trial judge relied exclusively on his finding that there was a causal connection between the *Charter* breach and the *viva voce* evidence of Mayer. For convenience, I repeat that finding:

En décidant que le par. 24(2) s'appliquait en l'espèce, le juge du procès s'est appuyé exclusivement sur sa conclusion qu'il existait un lien causal entre la violation de la *Charte* et le témoignage de vive voix de Mayer. Pour des motifs de commodité, je reproduis de nouveau cette conclusion:

... the applicants have satisfied me on the balance of probabilities that there is a causal connection between the seizure of the marijuana plants in violation of the Charter and the evidence obtained from Mr. [Mayer].

[TRADUCTION] ... les requérants m'ont convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe un lien causal entre la saisie des plants de marijuana effectuée en violation de la Charte et la preuve obtenue auprès de M. [Mayer].

I am not able to say that Mr. [Mayer] would have come forward had he not been arrested. The arrest was causally connected with the Charter breach. [Emphasis added.]

Applying the principles in *Church of Scientology, supra*, the trial judge concluded that s. 24(2) applied. With respect, the learned trial judge erred in concluding that the existence of a causal connection was sufficient to attract the provisions of s. 24(2). By focusing on the causal connection the trial judge failed to examine the entire relationship between the evidence and the illegal search and seizure. In particular, he failed to consider whether there existed a temporal link. He also failed to evaluate the strength of the connection between the impugned evidence and the breach. To the extent that the *Church of Scientology* decision supports this approach, it should not be followed. I note, however, that in that case the trial judge expressly found that the illegally seized documents incriminated the witnesses and were a key factor in the decisions of the witnesses to come forward and testify. Here, the trial judge, although he found a causal connection, went on to make the further finding that the *viva voce* evidence of Mayer was an expression of his own free will, a product of detached reflection and a sincere desire to cooperate, largely brought about by his recent conversion as a born-again Christian. A proper evaluation of these findings in relation to the causal connection might well have led the trial judge to the conclusion that the causal connection was tenuous.

In order to assess properly the relationship between the breach and the impugned evidence, it is important to bear in mind that it is the *viva voce* evidence of Mayer that is said to have been obtained in a manner that breaches the *Charter*. A distinction must be made between discovery of a person who is arrested and charged with an offence and the evidence subsequently volunteered by that person. The discovery of the person cannot simply be equated with securing evidence from that person which is favourable to the Crown. The person charged has the right to remain silent and in practice will usually exercise it on the advice of coun-

Je suis incapable d'affirmer que M. [Mayer] se serait manifesté s'il n'avait pas été arrêté. L'arrestation avait un lien causal avec la violation de la Charte. [Je souligne.]

Applicant les principes de la décision *Church of Scientology*, précitée, le juge du procès a conclu que le par. 24(2) s'appliquait. En toute déférence, le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'existence d'un lien causal était suffisante pour entraîner l'application des dispositions du par. 24(2). En se concentrant sur le lien causal, le juge du procès a omis d'examiner l'ensemble du rapport entre la preuve obtenue et les perquisition et saisie illégales. Plus particulièrement, il ne s'est pas demandé s'il existait un lien temporel. Il n'a pas non plus évalué la force du lien entre la preuve contestée et la violation. Dans la mesure où la décision *Church of Scientology* appuie cette méthode, elle ne devrait pas être suivie. Je fais remarquer, cependant, que, dans cette affaire, le juge du procès avait expressément conclu que les documents saisis illégalement incriminaient les témoins et avaient joué un rôle clé dans la décision des témoins de venir témoigner. En l'espèce, bien qu'il ait conclu à l'existence d'un lien causal, le juge du procès a aussi décidé que le témoignage de vive voix de Mayer était un exercice de libre arbitre, qu'il était le fruit d'une réflexion objective et l'expression d'un désir sincère de coopérer provoqué en grande partie par le fait qu'il était devenu récemment un chrétien régénéré. Une évaluation correcte de ces conclusions en rapport avec le lien causal aurait bien pu amener le juge du procès à conclure au caractère ténu du lien causal.

Pour apprécier correctement le rapport entre la violation et la preuve contestée, il est important de garder à l'esprit que c'est le témoignage de vive voix de Mayer qui, dit-on, a été obtenu dans des conditions qui violent la *Charte*. Il faut faire une distinction entre la découverte d'une personne qui est ensuite arrêtée et accusée d'une infraction et le témoignage que cette personne fait de son plein gré ultérieurement. On ne saurait simplement assimiler la découverte de cette personne à l'obtention, auprès d'elle, d'éléments de preuve favorables au ministère public. L'accusé a le droit de garder le silence et, en pratique, il exercera ce droit sur le

42

43

sel. The prosecution has no assurance, therefore, that the person will provide any information let alone sworn testimony that is favourable to the Crown. In this regard it has been rightly observed that testimony cannot be treated in the same manner as an inanimate object. As Brooke J.A. observed in his dissenting opinion, at p. 85:

Testimony is the product of a person's mind and known only if and when that person discloses it. It cannot be obtained or discovered in any other way. Testimony which is heard for the first time some months after a search cannot be equated with or analogized to evidence of an inanimate thing found or seized when an illegal search is carried out.

44 Similarly, Rehnquist J., as he then was, in *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), explained the difference as follows, at pp. 276-77:

Witnesses are not like guns or documents which remain hidden from view until one turns over a sofa or opens a filing cabinet. Witnesses can, and often do, come forward and offer evidence entirely of their own volition. And evaluated properly, the degree of free will necessary to dissipate the taint will very likely be found more often in the case of live-witness testimony than other kinds of evidence.

45 When the evidence is appropriately characterized as indicated above, the application of the relevant factors yields a different result from that reached by the trial judge and the majority of the Court of Appeal. In order to find a temporal link the pertinent event is the decision of Mayer to cooperate with the Crown and testify, and not his arrest. Indeed the existence of a temporal link between the illegal search and the arrest of Mayer is of virtually no consequence. Moreover, any temporal link between the illegal search and the testimony is greatly weakened by intervening events of Mayer's voluntary decision to cooperate with the police, to plead guilty and to testify. The application of the causal connection factor is to the same effect. The connection between the illegal search and the decision by Mayer to give evidence is

conseil de son avocat. La poursuite n'a donc aucune garantie que la personne fournira des renseignements, et encore moins qu'elle présentera un témoignage sous serment favorable au ministère public. À cet égard, c'est à juste titre qu'on a fait remarquer que le témoignage ne saurait être traité de la même manière qu'un objet inanimé. Le juge Brooke fait observer, dans ses motifs de dissidence, à la p. 85:

[TRADUCTION] Le témoignage est le fruit de la pensée d'une personne et il n'est connu que si et lorsque la personne le présente. Il ne peut pas être obtenu ou découvert par quelque autre moyen. Le témoignage qui est entendu pour la première fois quelques mois après une fouille ou perquisition ne saurait être assimilé à un élément de preuve constitué par un objet inanimé trouvé ou saisi lors d'une fouille ou perquisition illégale.

De même, le juge Rehnquist, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *United States c. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), explique ainsi la différence, aux pp. 276 et 277:

[TRADUCTION] Les témoins ne sont pas comme des armes à feu ou des documents qui restent cachés jusqu'à ce que quelqu'un renverse un sofa ou ouvre un classeur. Les gens peuvent venir témoigner tout à fait de leur propre gré, et c'est souvent ce qu'ils font. Et si on l'évalue correctement, on trouvera fort probablement la mesure de libre arbitre nécessaire pour dissiper le vice plus souvent dans le cas d'un témoignage en direct que dans celui d'autres types de témoignage.

Lorsque les éléments de preuve sont correctement qualifiés de la façon indiquée ci-dessus, l'application des facteurs pertinents entraîne un résultat différent de celui obtenu par le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité. Pour conclure à l'existence d'un lien temporel, ce qui est pertinent c'est la décision de Mayer de coopérer avec le ministère public et de témoigner, et non pas son arrestation. En fait, l'existence d'un lien temporel entre la perquisition illégale et l'arrestation de Mayer est quasiment sans importance. En outre, tout lien temporel entre la perquisition illégale et le témoignage est grandement affaibli par les événements intermédiaires constitués par la décision spontanée de Mayer de coopérer avec la police, de plaider coupable et de témoigner. L'application du facteur du lien causal va dans le même sens. Le

extremely tenuous. Having regard, therefore, to the entire chain of events, I am of the opinion that the nexus between the impugned evidence and the *Charter* breach is remote. In this regard I agree with Brooke J.A. when he states, at pp. 85-86:

Clearly, the testimony of Mayer cannot be said to be derivative of the breach as was the case of the testimony of Hall in *R. v. Burlingham* . . . There may be some link to the evidence of the finding of the marijuana, but this is surely not a basis on which to say the testimony was discovered or obtained by the breach of the appellant's rights. There must be a point at which a chain connecting the breach and the testimony is sufficiently weakened as to render the testimony untainted or too remote from the original breach. If this is not so, the ramifications may be far-reaching with respect to the exclusion of testimony of a co-accused where the Crown seeks to take advantage of it. In my opinion, the link between the breach and Mayer's testimony does not survive an analysis of remoteness or attenuation.

For the foregoing reasons, the relationship between the infringement of s. 8 of the *Charter* and the *viva voce* evidence of Mayer does not lead me to conclude that the latter was obtained in a manner that infringes or denies a *Charter* right or freedom. Section 24(2) of the *Charter* is, therefore, not engaged and is not available to exclude the evidence. The evidence is relevant and was properly admitted at trial. The majority of the Court of Appeal was in error in setting aside the conviction.

In the result the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the convictions are restored.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Sopinka, but, with respect, I cannot agree with his reasons or his conclusion. Rather, I am of the view that the appeal should be dismissed for the reasons given by Labrosse J.A. for the majority in the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 72. However, I feel constrained to make some additional remarks in

lien entre la perquisition illégale et la décision de Mayer de témoigner est extrêmement ténu. Compte tenu, par conséquent, de toute la suite des événements, je suis d'avis que le lien entre le témoignage contesté et la violation de la *Charte* est éloigné. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Brooke lorsqu'il affirme, aux pp. 85 et 86:

[TRADUCTION] Il est clair qu'on ne peut pas affirmer que le témoignage de Mayer découle de la violation comme c'était le cas du témoignage de Hall dans l'arrêt *R. c. Burlingham* [. . .] Il peut y avoir un certain lien avec la preuve de la découverte de marijuana, mais cela ne permet sûrement pas de dire que le témoignage a été découvert ou obtenu grâce à la violation des droits de l'appelant. Il doit y avoir un point où le lien entre la violation et le témoignage est suffisamment affaibli pour que le témoignage ne soit pas vicié et qu'il soit trop éloigné de la violation initiale. Sinon, les ramifications peuvent aller loin en ce qui concerne l'exclusion du témoignage d'un coaccusé lorsque le ministère public tente d'en tirer profit. À mon avis, le lien entre la violation et le témoignage de Mayer ne résiste pas à une analyse du caractère éloigné ou de l'atténuation.

Pour les motifs qui précèdent, le rapport entre la violation de l'art. 8 de la *Charte* et le témoignage de vive voix de Mayer ne m'amène pas à conclure que ce témoignage a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Par conséquent, le par. 24(2) de la *Charte* ne s'applique pas et ne peut être invoqué pour faire écarter cet élément de preuve, qui est pertinent et a été régulièrement utilisé au procès. La Cour d'appel à la majorité a erré en annulant les déclarations de culpabilité.

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Sopinka, mais, en toute déférence, je ne puis souscrire ni à ses motifs ni à sa conclusion. Au contraire, je suis d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Labrosse, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (1995), 25 O.R. (3d) 72. Je me sens toutefois

46

47

48

light of the manner in which my colleague has approached the issues, which appears to constitute a significant departure from that consistently adopted by this Court.

49 The starting point for determination of whether or not evidence (here the testimonial evidence of the witness Mayer) should be admitted or rejected is the two part test developed by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. The two requirements for the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are: that the evidence was obtained in a manner that infringed or denied a right or freedom guaranteed by the *Charter*; and that, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute; see *Therens, supra*, at p. 648; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at p. 1000; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 208. Of concern here is the manner in which my colleague dealt with the first step, which he found sufficient to dispose of the case.

50 In determining what must be satisfied to meet the first requirement, Sopinka J. rightly points out that a strict causal connection has been rejected by this Court, and he gives as a reason, at para. 36, that "causation was rejected as the sole touchstone of the application of s. 24(2) of the *Charter* by reason of the pitfalls that are inherent in the concept". He continues by noting the preference for an approach that advocates an examination of the entire relationship between the *Charter* breach and the impugned evidence. Where I think he departs from previous authority, however, is in his view that such an approach mandates that a causal connection may not necessarily be sufficient to satisfy the first requirement under the two-step test. Thus, he finds that the concept of remoteness should be applied not only to temporal connection but to causal connection as well, it being appropriate in his view for the Court to consider the strength of the causal relationship at the first step of the admissibility analysis. He concludes, at para. 40: "If both the temporal connection and the causal

tenu de faire quelques observations additionnelles en raison de la manière dont mon collègue a abordé les questions en litige, laquelle me paraît déroger sensiblement à la façon de procéder que notre Cour a constamment adoptée.

Le point de départ de l'analyse visant à déterminer si un élément de preuve (en l'espèce le témoignage de Mayer) doit être utilisé ou écarté est le critère à deux volets établi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Les deux conditions pour écarter un élément de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont les suivantes: l'élément de preuve doit avoir été obtenu dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, et, eu égard aux circonstances, l'utilisation de cet élément de preuve doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; voir les arrêts *Therens*, précité, à la p. 648; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, à la p. 1000; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 208. Ce qui est en cause ici, c'est la manière dont mon collègue a traité le premier volet, qu'il a jugé suffisant pour trancher le pourvoi.

En déterminant ce qu'il faut faire pour remplir la première condition, le juge Sopinka fait remarquer à juste titre que notre Cour a rejeté la méthode du lien causal strict et, au par. 36, il explique cela par le fait qu'elle a «refusé de reconnaître le lien de causalité comme seule pierre angulaire de l'application du par. 24(2) de la *Charte*, en raison des pièges inhérents à ce concept». Il souligne ensuite la préférence pour une méthode préconisant un examen de l'ensemble du rapport entre la violation de la *Charte* et la preuve contestée. Là où, d'après moi, il s'écarte cependant des précédents, c'est lorsqu'il estime qu'en vertu d'une telle méthode un lien de causalité n'est pas nécessairement suffisant pour satisfaire à la première condition du critère à deux volets. Il conclut ainsi que le concept du caractère éloigné devrait s'appliquer non seulement au lien temporel, mais aussi au lien de causalité, étant donné qu'il juge approprié que la Cour examine la force du rapport causal à titre de première étape de l'analyse de la possibilité d'utiliser la preuve. Il affirme, au par. 40: «Si le lien tempo-

connection are tenuous, the court may very well conclude that the evidence was not obtained in a manner that infringes a right or freedom under the *Charter*.”

On the basis of this interpretation of the jurisprudence, Sopinka J. finds that despite the finding of a causal connection, the trial judge failed to evaluate the entire relationship between the evidence and the illegal search and seizure and, in particular, failed to consider whether a temporal link existed and the strength of the causal connection. Holding that the connection was too remote in this case, my colleague finds that the first requirement for exclusion of the evidence was not met, obviating the need to consider whether its admission would bring the administration of justice into disrepute.

On my reading of the jurisprudence referred to by my colleague, I do not understand it as saying that the strength of a causal connection is relevant in determining whether the evidence was obtained in a manner that infringed the *Charter*. Nor do I take it to say that a causal connection will, in some cases, be insufficient on the basis of remoteness or the absence of a temporal link to support the first requirement. On the contrary, a movement away from a strict requirement of causal connection was born out of a concern that a requirement of causality may present an insurmountable obstacle to applicants seeking to have evidence excluded. This is not to say, however, that the strength of a causal connection should not be considered in the second branch of the test. I shall attempt to elucidate these matters by reference to the authorities.

In *Therens, supra*, Le Dain J. expounded in the following manner, at p. 649:

In my opinion the words “obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter”, particularly when they are read with the French version, *obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la présente charte*, do not connote or require a relationship of causation. It is sufficient if the infringement or denial of the right or freedom has preceded, or occurred in the course of, the obtaining of the evidence. It is not neces-

rel et le lien causal sont ténus tous les deux, la cour peut très bien conclure que la preuve n’a pas été obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*.»

Compte tenu de cette interprétation de la jurisprudence, le juge Sopinka statue que, malgré qu’il ait conclu à l’existence d’un lien causal, le juge du procès n’a pas évalué l’ensemble du rapport entre la preuve obtenue et les perquisition et saisie illégales, omettant notamment de se demander s’il existait un lien temporel et d’apprécier la force du lien causal. Jugeant que le lien est trop éloigné en l’espèce, mon collègue conclut que l’on n’a pas rempli la première condition requise pour pouvoir écarter la preuve, évitant ainsi d’avoir à examiner si son utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Je ne considère pas que la jurisprudence mentionnée par mon collègue signifie que la force du lien causal est pertinente pour déterminer si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*. Je ne l’interprète pas non plus comme signifiant que le lien causal sera, dans certains cas, insuffisant en raison de son caractère éloigné ou de l’absence d’un lien temporel à l’appui de la première condition. Au contraire, l’abandon d’une exigence stricte de lien causal résulte de la crainte qu’une exigence de causalité puisse représenter un obstacle insurmontable pour ceux qui demandent l’exclusion d’un élément de preuve. Cela ne veut pas dire, toutefois, que la force du lien causal ne devrait pas être prise en considération relativement au deuxième volet du critère. Je vais tenter d’élucider ces questions au moyen de la jurisprudence.

Dans l’arrêt *Therens*, précité, le juge Le Dain donne l’explication suivante, à la p. 649:

À mon avis, les mots anglais *obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter*, particulièrement lorsqu’ils sont rapprochés de leur version française «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte», ne connotent ou n’exigent aucun lien de causalité. Il suffit que la violation ou la négation du droit ou de la liberté soit survenue avant ou pendant l’obtention de la preuve. Il n’est pas néces-

51

52

53

sary to establish that the evidence would not have been obtained but for the violation of the *Charter*. Such a view gives adequate recognition to the intrinsic harm that is caused by a violation of a *Charter* right or freedom, apart from its bearing on the obtaining of evidence. I recognize, however, that in the case of derivative evidence, which is not what is in issue here, some consideration may have to be given in particular cases to the question of relative remoteness. [Emphasis added.]

It is clear that Le Dain J. set a “causal connection” at the highest level of the types of relationships that could be established between the *Charter* infringement and the impugned evidence, such that it would be the most onerous standard required to be met. In fact, in his view, such a standard was too high. Accordingly, he ruled that “[i]t is not necessary” to establish a relationship of causation and “[i]t is sufficient” to show that an “infringement or denial of the right or freedom has preceded, or occurred in the course of, the obtaining of the evidence”. This was the way in which Dickson C.J. subsequently interpreted Le Dain’s words in *Strachan, supra*.

54

In *Strachan*, Dickson C.J., citing the above-quoted passage, noted, at p. 1000, that Le Dain J. had “rejected a more stringent interpretation calling for a causal connection between the *Charter* violation and the discovery of the evidence”. He referred to the fact that Esson J.A. in the court appealed from had rejected the Crown’s submission that s. 24(2) required a causal link, relying on *Therens, supra*. Esson J.A. had noted that if such a causal link were present, it would be one factor to take into account in the later s. 24(2) determination as to whether the admission would bring the administration of justice into disrepute. Dickson C.J. agreed with this finding of Esson J.A., rejecting the requirement of “a strict causal nexus” for a host of practical reasons. He further observed that a causation requirement leads to a narrow view of the relationship between the *Charter* violation and the discovery of evidence. In this regard, he found that distinctions based on the circumstances surrounding the violation or the type of evidence obtained should not be relevant and that a preferred approach (at p. 1005) “would be to consider all evidence gathered following a violation of

saire d’établir que la preuve n’aurait pas été obtenue n’eût été la violation de la *Charte*. Un tel point de vue reconnaît suffisamment le préjudice intrinsèque que cause la violation d’un droit ou d’une liberté garantis par la *Charte* sans parler de son incidence sur l’obtention d’éléments de preuve. Je conviens toutefois que, dans le cas d’une preuve dérivée, ce dont il n’est pas question en l’espèce, il peut parfois être nécessaire d’examiner la question de l’absence relative du lien de causalité. [Je souligne.]

Il est clair que le juge Le Dain a placé le «lien de causalité» en tête des types de rapports qui pouvaient être établis entre la violation de la *Charte* et la preuve contestée, ce qui en faisait la norme la plus stricte à laquelle il fallait satisfaire. En fait, il a estimé qu’une telle norme était trop élevée. Par conséquent, il a statué qu’«[i]l n’est pas nécessaire» d’établir un rapport de causalité et qu’«[i]l suffit» de montrer que «la violation ou la négation du droit ou de la liberté [est] survenue avant ou pendant l’obtention de la preuve». C’est ainsi que, dans l’arrêt *Strachan*, précité, le juge en chef Dickson a par la suite interprété les propos du juge Le Dain.

Dans l’arrêt *Strachan*, le juge en chef Dickson, citant le passage susmentionné, fait remarquer, à la p. 1000, que le juge Le Dain a «rejeté une interprétation plus stricte exigeant l’existence d’un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve». Il a rappelé que le juge Esson de la Cour d’appel s’était fondé sur l’arrêt *Therens*, précité, pour rejeter l’argument du ministère public suivant lequel le par. 24(2) requerrait l’existence d’un lien de causalité. Le juge Esson avait fait remarquer que si un tel lien de causalité existait, ce serait un facteur à prendre en considération quant au dernier volet de l’analyse fondée sur le par. 24(2), qui consiste à déterminer si l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Le juge en chef Dickson a souscrit à cette conclusion du juge Esson et il a rejeté l’exigence de «lien de causalité strict» pour toute une série de raisons pratiques. Il a en outre fait observer qu’une exigence de lien de causalité mène à une interprétation restrictive du rapport entre la violation de la *Charte* et la découverte d’éléments de preuve. À cet égard, il a conclu que des distinctions fondées sur les circons-

a *Charter* right, including the right to counsel, as within the scope of s. 24(2)".

Consequently, Dickson C.J. favoured the adoption of an approach that focuses on "the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained". He stated, at pp. 1005-6:

Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*. In my view, these situations should be dealt with on a case by case basis. There can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a *Charter* right becomes too remote.

In this way, the stringent requirement of showing causality would not be required as the threshold point for admittance to s. 24(2); a lesser and more flexible test would ensure that the "entire chain of events" be considered. Remoteness was mentioned by Dickson C.J., not as a factor relevant to causality, but rather as a factor that was relevant when the lower "temporal connection" was adduced to satisfy the requirement that the evidence was obtained in violation of the *Charter*. Thus, while a remote temporal connection could not suffice, the intention under the first step of the determination whether or not to exclude evidence was to ensure that a generous approach was adopted.

tances ayant entouré la violation et sur le genre d'éléments de preuve obtenus ne devraient pas être pertinentes et (à la p. 1005) qu'il serait préférable «de considérer que tous les éléments de preuve obtenus par suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte*, y compris le droit à l'assistance d'un avocat, relèvent du par. 24(2)».

Par conséquent, le juge en chef Dickson préconisait l'adoption d'une méthode axée sur «toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus». Il affirme, aux pp. 1005 et 1006:

En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Toutefois, la présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*. À mon avis, ces situations devraient être considérées individuellement. Il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés.

Ainsi, l'exigence stricte de montrer l'existence d'un lien de causalité ne constituerait pas une condition préliminaire d'accès au par. 24(2); un critère moins strict et plus souple garantirait que «toute la suite des événements» serait prise en considération. Le juge en chef Dickson a décrit le caractère éloigné non pas comme un facteur pertinent en matière de causalité, mais plutôt comme un facteur qui est pertinent lorsque le critère moins strict du «lien temporel» est invoqué pour satisfaire à l'exigence que la preuve ait été obtenue en violation de la *Charte*. Donc, même si un lien temporel éloigné ne pouvait pas suffire, on voulait garantir l'adoption d'une méthode ou approche libérale à la première étape de l'analyse visant à déterminer si un élément de preuve doit être écarté ou non.

56

The “generous approach” was discussed by Lamer C.J. in *Bartle*, *supra*, where he characterized the first threshold requirement in these terms, at p. 208: “there must be some connection or relationship between the infringement of the right or freedom in question and the obtaining of the evidence which is sought to be excluded”. He went on to qualify this by noting that “a strict causal link between the *Charter* infringement and the discovery of the evidence is not required”. He, therefore, found that “so long as it is not too remotely connected with the violation, all the evidence obtained as part of the ‘chain of events’ involving the *Charter* breach will fall within the scope of s. 24(2)” (pp. 208-9). He continued, at p. 209:

This means that in the initial inquiry under s. 24(2) as to whether evidence has been “obtained in a manner that infringed or denied” *Charter* rights, courts should take a generous approach. However, it should be borne in mind that the presence and strength of the causal connection between the evidence and the *Charter* breach may be a factor for consideration under the second, more important, branch of s. 24(2). . . . [Emphasis added.]

57

Where a causal connection could not be established, a relationship based on the “chain of events” surrounding the obtaining of the evidence could satisfy the first inquiry where it is not too remote. However, the relevance of a causal connection was not dismissed, and where a causal connection exists, the strength of this connection should not act to prevent the court from having to deal with s. 24(2), as in effect my colleague proposes here. Its strength is more appropriately considered under the s. 24(2) analysis, where there exists an organized analytical structure for the weighing of factors such as that one. (In this way, there is an obvious parallel between the two-step inquiry for the exclusion of evidence under s. 24(2) and the analytical approach to finding a violation of a *Charter* right or freedom and then conducting a balancing under s. 1.)

Le juge en chef Lamer a analysé l’«approche libérale» dans l’arrêt *Bartle*, précité, où il décrit ainsi la première condition préliminaire, à la p. 208: «c’est qu’il y ait un lien ou un rapport quelconque entre la violation du droit ou de la liberté en question et l’obtention de la preuve que la demande vise à faire écarter». Il a ensuite nuancé ses propos en soulignant qu’«il n’est pas nécessaire d’établir l’existence d’un lien strict de causalité entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve». Il a donc conclu que «s’ils ne sont pas trop éloignés de la violation, tous les éléments de preuve obtenus pendant la «suite des événements» qui se rapportent à la violation de la *Charte* sont visés par le par. 24(2)» (pp. 208 et 209). Il ajoute, à la p. 209:

Cela signifie que les tribunaux doivent adopter une approche libérale relativement à la première étape de l’examen prévu au par. 24(2) quant à savoir si des éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» aux droits garantis par la *Charte*. Cependant, il ne faut pas oublier que l’existence et la force du lien de causalité entre les éléments de preuve et la violation de la *Charte* peuvent être des facteurs à prendre en considération en vertu du second volet, plus important, du par. 24(2). . . . [Je souligne.]

Lorsqu’il était impossible d’établir l’existence d’un lien causal, un rapport fondé sur la «suite des événements» ayant entouré l’obtention de la preuve pouvait satisfaire au premier volet de l’analyse s’il n’était pas trop éloigné. Toutefois la pertinence d’un lien causal n’a pas été rejetée et, quand un lien causal existe, la force de ce lien ne devrait pas empêcher la cour d’avoir à appliquer le par. 24(2), comme mon collègue le propose en l’espèce. Il est plus approprié d’examiner la question de la force du lien causal dans le cadre d’une analyse fondée sur le par. 24(2), lorsqu’il existe une méthode analytique d’appréciation de facteurs comme celui-là. (C’est ainsi qu’il existe un parallèle évident entre l’analyse en deux étapes nécessaire pour écarter un élément de preuve en vertu du par. 24(2) et la façon analytique de conclure à l’existence d’une violation d’un droit ou d’une liberté garantis par la *Charte*, pour ensuite procéder à une évaluation fondée sur l’article premier.)

To summarize, where a causal connection exists between the *Charter* violation and the impugned evidence, the jurisprudence of this Court provides that it will constitute a sufficient basis on which to find that evidence was obtained in a manner that infringed the *Charter*. This conforms with the generous approach favoured under the first step of the inquiry and leaves to the s. 24(2) inquiry the issue of the strength of the causal connection.

In the present case, the trial judge made a finding of a causal connection. Specifically, he held:

On the basis of the evidence which I have heard, the applicants have satisfied me on the balance of probabilities that there is a causal connection between the seizure of the marijuana plants in violation of the *Charter* and the evidence obtained from Mr. [Mayer].

I am not able to say that Mr. [Mayer] would have come forward had he not been arrested. The arrest was causally connected to the *Charter* breach.

Indeed, Labrosse J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, remarked upon the reasonableness of this finding and pointed out that it was not being challenged by the Crown. He stated, at pp. 76-77:

While causal connection may be a higher test than the temporal connection sufficient to engage the analysis under s. 24(2) (see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980 . . .) the finding of the trial judge is not being challenged. In his factum, Crown counsel argued that the trial judge had been in error in finding a causal connection between the violation and the evidence of Mayer. However, in oral argument, he acknowledged that it was not open to him to attack this finding of fact of the trial judge.

In my view, there can be no doubt that the trial judge's finding of a causal connection between the seizure of the marijuana plants and the obtaining of Mayer's evidence was reasonable. The connection was clearly present. Without the illegal search, Mayer would not have been arrested or charged. He would have had no reason to come forward and plead guilty and he would have had no opportunity to give evidence against the appellant.

En résumé, lorsqu'il existe un lien causal entre la violation de la *Charte* et la preuve contestée, la jurisprudence de notre Cour prévoit que cela suffit pour conclure que cette preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*. Cela est conforme à l'approche libérale préconisée quant à la première étape de l'analyse et reporte à la deuxième étape l'examen de la question de la force du lien causal.

En l'espèce, le juge du procès a conclu à l'existence d'un lien causal. Plus précisément, il a affirmé:

[TRADUCTION] Compte tenu de la preuve que j'ai entendue, les requérants m'ont convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe un lien causal entre la saisie des plants de marijuana effectuée en violation de la *Charte* et la preuve obtenue auprès de M. [Mayer].

Je suis incapable d'affirmer que M. [Mayer] se serait manifesté s'il n'avait pas été arrêté. L'arrestation avait un lien causal avec la violation de la *Charte*.

En fait, le juge Labrosse a souligné, au nom de la Cour d'appel à la majorité, le caractère raisonnable de cette conclusion et a fait remarquer qu'elle n'était pas contestée par le ministère public. Il affirme, aux pp. 76 et 77:

[TRADUCTION] Bien que le lien causal puisse être un critère plus strict que le lien temporel qui suffit à déclencher l'analyse fondée sur le par. 24(2) (voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980 [. . .]), la conclusion du juge du procès n'est pas contestée. Dans son mémoire, le substitut du procureur général fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en concluant à l'existence d'un lien causal entre la violation et le témoignage de Mayer. Toutefois, dans sa plaidoirie, il a reconnu qu'il ne pouvait pas contester cette conclusion de fait du juge du procès.

À mon avis, il ne fait aucun doute que la conclusion du juge du procès à l'existence d'un lien causal entre la saisie des plants de marijuana et l'obtention du témoignage de Mayer était raisonnable. Le lien existait clairement. Sans la perquisition illégale, Mayer n'aurait pas été arrêté ni accusé. Il n'aurait eu aucune raison de venir plaider coupable et il n'aurait pas eu l'occasion de témoigner contre l'appelant.

58

59

60

61 I can find no fault with the trial judge's finding. It is logically supported by the facts. The police officers testified as to the lack of progress in the investigation of this case, which included one previous failed attempt to knock on the door of the schoolhouse in order to talk to the occupants, and an intention to return to the schoolhouse one more time to obtain information and "either further [their] investigation or lay this thing to rest". Had the officers not uncovered any information upon their return, they would not have continued their investigation.

62 Additionally, despite the identification of a motor vehicle registered to Mayer that was found on the property prior to the illegal search, it was noted by the trial judge that there had been no previous attempt to contact Mayer. The trial judge held: "There was certainly ample time for the police to make a contact with [Mayer] as they were aware of the presence of this vehicle some considerable time before the search occurred. They made no such approach." In light of the concession by the officers that they intended to abandon the investigation if the impugned search proved fruitless, contact with Mayer would not likely have occurred without the illegal search. This, in my view, is not affected by the finding of the trial judge that the evidence in question, Mayer's testimony, was an exercise of his own free will.

63 Mayer stated that he had experienced a religious conversion after his arrest which accounted for his desire to come forward and testify. Mayer's own trial preceded that of Goldhart. After Mayer pleaded guilty to the offence of cultivating marijuana, it is interesting to note that his sentencing was adjourned until after Goldhart's trial. Whatever significance may be derived from these facts, the more important fact is that Mayer was implicated in the marijuana cultivation and, given his own involvement, it could not be said that he would have independently come forward had it not been for his arrest pursuant to the illegal search. The trial judge found in fact that he was not able to

Je ne vois rien de mal dans la conclusion du juge du procès. Elle s'appuie logiquement sur les faits. Les policiers ont parlé, dans leur témoignage, de l'absence de progrès dans leur enquête, et notamment de l'échec d'une tentative précédente de parler aux occupants de l'école après avoir frappé à leur porte, et de leur intention de retourner à l'école une fois de plus afin d'obtenir des renseignements et de [TRADUCTION] «faire avancer l'enquête ou d'y mettre un terme». Si les policiers n'avaient découvert aucun renseignement lors de cette nouvelle visite, ils n'auraient pas poursuivi leur enquête.

De plus, le juge du procès a fait remarquer que, malgré l'identification d'un véhicule à moteur enregistré au nom de Mayer qui avait été aperçu sur les lieux avant la perquisition illégale, on n'avait pas préalablement tenté de communiquer avec Mayer. Le juge du procès a conclu: [TRADUCTION] «La police disposait sûrement de suffisamment de temps pour communiquer avec [Mayer] étant donné qu'elle était au courant de la présence du véhicule de [Mayer] bien avant la perquisition. Elle ne l'a pas fait.» Vu que les policiers ont admis avoir eu l'intention d'abandonner leur enquête si la perquisition contestée s'avérait infructueuse, il est peu probable que l'on serait entré en communication avec Mayer sans la perquisition illégale. À mon avis, la conclusion du juge du procès que la preuve en question, à savoir le témoignage de Mayer, découlait de l'exercice de son libre arbitre ne change rien à cela.

Mayer a affirmé que sa conversion religieuse, survenue après son arrestation, était à l'origine de son désir de venir témoigner. Le procès de Mayer a précédé celui de Goldhart. Il est intéressant de souligner que, après que Mayer eut plaidé coupable à l'accusation de culture de marijuana, on a reporté la détermination de sa peine jusqu'à ce que Goldhart ait subi son procès. Quoique l'on puisse conclure de ces faits, ce qui importe le plus c'est que Mayer était impliqué dans la culture de marijuana et qu'en raison de sa propre participation à l'infraction, il était impossible d'affirmer qu'il se serait manifesté n'eût été son arrestation à la suite de la perquisition illégale. En fait, le juge du

say that Mayer would have come forward had he not been arrested. In my opinion, Mayer's exercise of free will cannot be viewed separately from his arrest. While it may be capable of being so characterized, any independent decision undertaken by Mayer after the arrest was necessarily affected by the arrest. Accordingly, it is my view that, having regard to the chain of events surrounding the obtaining of Mayer's testimony, there is a sufficient connection to establish that the evidence was obtained in breach of the *Charter* and, thus, to permit the court to proceed to s. 24(2).

In his reasons, my colleague refers to an American case, *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978). With respect to the importation of American jurisprudence into the analysis under s. 24(2), Dickson C.J., as long ago as *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, observed that borrowing from our neighbours without an awareness of the context should be done with caution. That is because, as I noted in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 546-47, "the *Charter* regime mandates a more flexible and contextual approach to the admissibility of evidence than the United States Constitution; thus there is no counterpart to s. 24(2) of the *Charter* in that country"; see also my comments in *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at p. 325.

In light of the more flexible approach which has been developed in Canada, it would seem unwise, and certainly unnecessary, to adopt the strict American distinction between testimony and inanimate objects, and preferable to leave to the mechanism of s. 24(2) the determination of whether a particular piece of evidence would bring the administration of justice into disrepute. The effect could lead to the neglect of some of the factors heretofore considered by this Court, under the rule first enunciated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R.

procès a conclu qu'il n'était pas capable d'affirmer que Mayer se serait manifesté s'il n'avait pas été arrêté. À mon avis, l'exercice par Mayer de son libre arbitre ne peut pas être dissocié de son arrestation. Bien qu'il soit possible de la qualifier d'indépendante, toute décision de Mayer après son arrestation était nécessairement influencée par l'arrestation. Par conséquent, j'estime que, compte tenu de la suite des événements ayant entouré l'obtention du témoignage de Mayer, il existe un lien suffisant pour établir que ce témoignage a été obtenu en violation de la *Charte* et, donc, pour permettre à la cour d'effectuer l'analyse fondée sur le par. 24(2).

Dans ses motifs, mon collègue renvoie à une affaire américaine, *United States c. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978). En ce qui concerne l'incorporation de jurisprudence américaine dans l'analyse fondée sur le par. 24(2), le juge en chef Dickson faisait déjà observer, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, que de tels emprunts à nos voisins, sans connaître le contexte des affaires en cause, devraient se faire avec prudence. Il en est ainsi parce que, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 546 et 547: «le régime de la *Charte* exige que l'admissibilité de la preuve soit abordée de façon plus souple et plus fondée sur le contexte que la Constitution américaine; ainsi, il n'existe pas aux États-Unis de disposition équivalente au par. 24(2) de la *Charte*»; voir aussi mes commentaires dans l'arrêt *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, à la p. 325.

Compte tenu de la méthode plus souple qui a été conçue au Canada, il semblerait malavisé, et sûrement inutile, d'adopter la distinction stricte faite par les tribunaux américains entre les témoignages et les objets inanimés, et préférable de s'en remettre au mécanisme du par. 24(2) pour déterminer si un élément de preuve particulier est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cela pourrait mener à l'abandon de certains facteurs que notre Cour a jusqu'à maintenant, en vertu de la règle établie dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1

265, as necessary in considering the issue of whether evidence should be excluded because its admission would bring the administration of justice into disrepute. If the method of approaching s. 24(2) is considered unsatisfactory (and it has not been free from criticism), then we should approach the issue of reformulating it frontally, without creating different approaches for different types of evidence. This type of fractured approach should be avoided.

R.C.S. 265, jugés nécessaires pour décider s'il y a lieu d'écartier un élément de preuve pour le motif que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Si la façon d'aborder le par. 24(2) est jugée insatisfaisante (et elle n'a pas échappé à la critique), nous devrions alors envisager la possibilité de la réviser directement, sans établir des méthodes différentes pour différents genres d'éléments de preuve. Il y a lieu d'éviter ce genre de méthode fragmentée.

66 So far as the second step in the analysis is concerned, the issue of whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, I shall have little to say beyond what the majority of the Court of Appeal has said. This is an issue, *par excellence*, where reasonable people may differ, which is one of the reasons justifying this Court's policy of deference towards courts of appeal on the issue where there has been no error in principle. This alone would justify dismissing the appeal. That being said, I am content to rely on the reasons of the majority in the Court of Appeal.

En ce qui concerne la deuxième étape de l'analyse, soit la question de savoir si l'utilisation du témoignage est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, j'ai peu de choses à ajouter à ce que la Cour d'appel a dit. C'est un parfait exemple de question sur laquelle des personnes raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes, et c'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles notre Cour fait montre de retenue envers les cours d'appel lorsqu'elles n'ont commis aucune erreur de principe à ce sujet. Ce serait suffisant pour justifier le rejet du pourvoi. Cela dit, je me contente de m'en remettre aux motifs de la Cour d'appel à la majorité.

67 I would simply add this. On the basis of the principle of "discoverability", it is my view that all the circumstances confirm that contact with Mayer would not have been made without the illegal search, and he would not have been arrested. Furthermore, I cannot think that given his criminal involvement with the cultivation operation it can be said that he would have come forward had he not been arrested. Even the alleged religious conversion must be viewed in light of his previous arrest.

J'ajouterais simplement ceci. Compte tenu du principe de la «possibilité de découvrir la preuve», je suis d'avis que toutes les circonstances confirment que, sans la perquisition illégale, l'on ne serait pas entré en communication avec Mayer et il n'aurait pas été arrêté. En outre, vu son implication criminelle dans la culture de marijuana, je ne pense pas que l'on puisse affirmer qu'il se serait manifesté s'il n'avait pas été arrêté. Même sa prétendue conversion religieuse doit être appréciée à la lumière de son arrestation antérieure.

68 For those reasons, then, I would dismiss the appeal.

Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi.

Appeal allowed, LA FOREST J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge LA FOREST est dissident.

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

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, Toronto.

Solicitors for the respondent: Rosen, Fleming, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Rosen, Fleming, Toronto.

Canadian Pacific Limited *Appellant*

v.

**Brotherhood of Maintenance of Way
Employees Canadian Pacific System
Federation** *Respondent*

INDEXED AS: BROTHERHOOD OF MAINTENANCE OF WAY
EMPLOYEES CANADIAN PACIFIC SYSTEM FEDERATION v.
CANADIAN PACIFIC LTD.

File No.: 24317.

Hearing and judgment: April 22, 1996.

Reasons delivered: July 4, 1996.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Courts — Jurisdiction — Injunction — Labour dispute between federally regulated employer and employees concerning new work schedule — Union seeking injunction in British Columbia Supreme Court to postpone implementation of new work schedule until dispute settled by arbitrator — Whether British Columbia Supreme Court had jurisdiction to issue interim injunction — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

Labour law — Injunction — Labour dispute between federally regulated employer and employees concerning new work schedule — Union seeking injunction in British Columbia Supreme Court to postpone implementation of new work schedule until dispute settled by arbitrator — Whether British Columbia Supreme Court had jurisdiction to issue interim injunction — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

In 1993, CP changed the work schedule of a number of its employees in such a way that they would lose their Sunday rest days. The respondent union filed a grievance under the collective agreement, and pending the hearing before an arbitrator, was granted an interim injunction by the B.C. Supreme Court restraining CP from implementing the work schedule until the matter

Canadien Pacifique Limitée *Appelante*

c.

**Fraternité des préposés à l'entretien des
voies — Fédération du réseau Canadien
Pacifique** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FRATERNITÉ DES PRÉPOSÉS À L'ENTRETIEN
DES VOIES — FÉDÉRATION DU RÉSEAU CANADIEN
PACIFIQUE c. CANADIEN PACIFIQUE LITÉE

N° du greffe: 24317.

Audition et jugement: 22 avril 1996.

Motifs déposés: 4 juillet 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 COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Tribunaux — Compétence — Injonction — Conflit concernant un nouvel horaire de travail entre un employeur et des employés assujettis à la législation fédérale — Demande d'injonction par le syndicat à la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de faire surseoir à l'application du nouvel horaire de travail jusqu'au règlement du conflit par un arbitre — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour décerner l'injonction provisoire? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

Droit du travail — Injonction — Conflit concernant un nouvel horaire de travail entre un employeur et des employés assujettis à la législation fédérale — Demande d'injonction par le syndicat à la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de faire surseoir à l'application du nouvel horaire de travail jusqu'au règlement du conflit par un arbitre — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour décerner l'injonction provisoire? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

En 1993, CP a apporté à l'horaire de travail de certains de ses employés une modification qui aurait eu pour conséquence de faire perdre aux employés le dimanche comme jour de repos. Le syndicat intimé a déposé un grief en vertu de la convention collective et, en attendant qu'un arbitre entende le grief, a obtenu une injonction provisoire en Cour suprême de la C.-B.

was settled by an arbitrator. The arbitrator later allowed the grievance in part. Despite the conclusion of the arbitration, CP appealed to the Court of Appeal, challenging the jurisdiction of the B.C. Supreme Court to issue an interlocutory injunction. The Court of Appeal dismissed the appeal on the ground that the *Canada Labour Code* provided no forum for interlocutory injunctions, leaving no remedy for the loss of Sunday rest days except by interlocutory injunction of the court.

Held: The appeal should be dismissed.

Notwithstanding the existence of a comprehensive code for settling labour disputes, where no adequate alternative remedy exists under that code, the courts retain a residual discretionary power to grant interlocutory relief such as injunctions, a power which flows from the inherent jurisdiction of the courts over interlocutory matters. In this case, the collective agreement and the *Canada Labour Code* provided no means to secure the postponement of implementation of the new work schedule for the interim period pending a decision from the arbitrator. The B.C. Supreme Court, in the exercise of its inherent jurisdiction, thus had the power to grant the interim injunction against imposition of the new work schedule. Deference to labour tribunals and exclusivity of jurisdiction to an arbitrator are not inconsistent with a residual jurisdiction in the courts to grant relief unavailable under the statutory labour scheme. This principle of residual jurisdiction is not confined to restraining illegal work stoppages. Finally, the *Weber* test refers to the dispute put before the courts that are considering the residual relief. The dispute in this case — the right to postpone implementation of the schedule pending resolution of the underlying dispute by the arbitrator — did not arise from the collective agreement. The B.C. Supreme Court's jurisdiction is thus not ousted in favour of the arbitration process set out in the collective agreement.

The absence of a cause of action claiming final relief in the B.C. Supreme Court did not deprive that court of jurisdiction to grant an interim injunction.

Cases Cited

Applied: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1

interdisant à CP d'appliquer cet horaire de travail jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée par un arbitre. L'arbitre a ultérieurement accueilli le grief en partie. En dépit de l'issue de l'arbitrage, CP a interjeté appel devant la Cour d'appel et contesté la compétence de la Cour suprême de la C.-B. pour décerner une injonction interlocutoire. La Cour d'appel a rejeté l'appel pour le motif que le *Code canadien du travail* ne prévoit pas à quel tribunal s'adresser pour obtenir une injonction interlocutoire, ne laissant donc aucun autre recours contre la perte du dimanche comme jour de repos que l'injonction interlocutoire décernée par une cour de justice.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Nonobstant l'existence d'un code détaillé conçu pour le règlement des conflits de travail, les cours de justice conservent, en l'absence de tout autre recours prévu à ce code, leur pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder un redressement interlocutoire tel que les injonctions, pouvoir qui découle de la compétence inhérente des cours en matière de recours interlocutoires. En l'espèce, la convention collective et le *Code canadien du travail* n'offrent aucun moyen d'obtenir un sursis à la mise en application du nouvel horaire en attendant la décision de l'arbitre. La Cour suprême de la C.-B. avait donc le pouvoir, en raison de sa compétence inhérente, de décerner une injonction provisoire contre la mise en application du nouvel horaire. La retenue à l'égard des tribunaux du travail et l'exclusivité des compétences de l'arbitre ne sont pas incompatibles avec la compétence résiduelle des cours de justice pour accorder un redressement qui n'est pas prévu par la loi régissant les relations du travail. Le principe de la compétence résiduelle ne se limite pas à interdire les arrêts de travail illégaux. Enfin, le critère de l'arrêt *Weber* renvoie au conflit soumis aux cours de justice quant au redressement résiduel. En l'espèce, le conflit — soit le droit de retarder la mise en application de l'horaire en attendant le règlement du conflit sous-jacent par l'arbitre — ne provient pas de la convention collective. La compétence de la Cour suprême de la C.-B. n'est donc pas écartée en faveur du processus d'arbitrage prévu dans la convention collective.

L'absence d'une cause d'action visant l'obtention d'un redressement définitif devant la Cour suprême de la C.-B. n'enlève pas à la cour sa compétence pour décerner une injonction provisoire.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier*,

S.C.R. 704; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; not followed: *Lamont v. Air Canada* (1981), 126 D.L.R. (3d) 266; distinguished: *Burkart v. Dairy Producers Co-operative Ltd.* (1990), 74 D.L.R. (4th) 694; *Iron Ore Co. of Canada v. United Steelworkers of America, Local 5795* (1984), 5 D.L.R. (4th) 24; referred to: *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199; *Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210; *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] 2 W.L.R. 262; *Amherst (Town) v. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277; *R. v. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 125 D.L.R. (4th) 1; *Kaiser Resources Ltd. v. Western Canada Beverage Corp.* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 236; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 F.C. 155, rev'd [1996] 1 F.C. 804; leave to appeal to S.C.C. filed March 25, 1996; *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29; *Retail Store Employees' Union, Local 832 v. Canada Safeway Ltd.* (1980), 2 Man. R. (2d) 100.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 57(1).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 176, 46 B.C.A.C. 243, 75 W.A.C. 243, dismissing the appellant's appeal from a judgment of Shaw J. granting an interim injunction. Appeal dismissed.

H. C. Wendlandt and W. A. Scott Macfarlane, for the appellant.

Kate A. Hughes, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

This case raises the issue of whether a court may issue an injunction in a labour dispute where the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2,

section locale 219, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; arrêt non suivi: *Lamont c. Air Canada* (1981), 126 D.L.R. (3d) 266; distinction d'avec les arrêts: *Burkart c. Dairy Producers Co-operative Ltd.* (1990), 74 D.L.R. (4th) 694; *Iron Ore Co. of Canada c. United Steelworkers of America, Local 5795* (1984), 5 D.L.R. (4th) 24; arrêts mentionnés: *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199; *Siskina (Cargo Owners) c. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210; *Channel Tunnel Group Ltd. c. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] 2 W.L.R. 262; *Amherst (Town) c. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277; *R. c. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 125 D.L.R. (4th) 1; *Kaiser Resources Ltd. c. Western Canada Beverage Corp.* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 236; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 C.F. 155, inf. par [1996] 1 C.F. 804, autorisation de pourvoi à la C.S.C. déposée le 25 mars 1996; *Moore c. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29; *Retail Store Employees' Union, Local 832 c. Canada Safeway Ltd.* (1980), 2 Man. R. (2d) 100.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 57(1).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 176, 46 B.C.A.C. 243, 75 W.A.C. 243, qui a rejeté l'appel de l'appelante contre la décision du juge Shaw, qui avait accordé une injonction provisoire. Pourvoi rejeté.

H. C. Wendlandt et W. A. Scott Macfarlane, pour l'appelante.

Kate A. Hughes, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une cour de justice peut décerner une injonction en rapport avec un conflit de travail alors que le

provides for settlement of disputes by a tribunal established by the Code.

II. Statement of Facts

2 The appellant, Canadian Pacific Limited, operates an interprovincial railway. The respondent is certified under the *Canada Labour Code* as the bargaining agent for maintenance of way employees. It represents a number of employees who work from March to October each year. Both the appellant and the respondent are parties to a collective agreement.

3 In May 1993 the appellant changed the work scheduling from 10 days on and four days off to five days on and two days off with Friday and Saturday as the two rest days. The respondent filed a grievance under the collective agreement. Pending the hearing of the grievance by an arbitrator, the respondent sought and was granted an injunction by the Supreme Court of British Columbia restraining the employer from changing the *status quo* until the matter was settled by an arbitrator. The matter was disposed of on March 10, 1994 and the arbitrator allowed the grievance in part.

4 Despite the conclusion of the arbitration, the appellant appealed to the Court of Appeal to challenge the jurisdiction of the Supreme Court of British Columbia to issue an interlocutory injunction. The respondent took the position that the interlocutory injunction was at an end and the appeal should be dismissed as moot. The Court of Appeal refused to dismiss the appeal as moot, and heard the appeal. The Court of Appeal dismissed the appeal on the ground that the *Canada Labour Code* provided no forum for interlocutory injunctions, leaving no remedy for the loss of Sunday rest days except by interlocutory injunction of the court: (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 176, 46 B.C.A.C. 243, 75 W.A.C. 243.

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, prévoit le règlement des conflits par un tribunal établi en vertu du Code.

II. Exposé des faits

L'appelante, Canadien Pacifique Limitée, exploite un chemin de fer interprovincial. L'intimée est accréditée en vertu du *Code canadien du travail* comme agent négociateur des préposés à l'entretien des voies. Elle représente des employés qui travaillent de mars à octobre chaque année. L'appelante et l'intimée sont liées par une convention collective.

En mai 1993, l'appelante a modifié l'horaire de travail de manière à passer de 10 jours de travail suivis de quatre jours de repos à cinq jours de travail suivis de deux jours de repos, ces deux jours étant le vendredi et le samedi. L'intimée a déposé un grief en vertu de la convention collective. En attendant qu'un arbitre entende le grief, l'intimée a demandé et obtenu une injonction en Cour suprême de la Colombie-Britannique interdisant à l'employeur de modifier le statu quo jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée par un arbitre. La question a été tranchée le 10 mars 1994, et l'arbitre a accueilli le grief en partie.

En dépit de l'issue de l'arbitrage, l'appelante a interjeté appel devant la Cour d'appel et contesté la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour décerner une injonction interlocutoire. L'intimée a fait valoir que l'injonction interlocutoire avait pris fin et que l'appel devait être rejeté en raison de son caractère théorique. La Cour d'appel a refusé de rejeter l'appel pour ce motif et a entendu l'affaire. Elle l'a rejeté pour le motif que le *Code canadien du travail* ne prévoit pas à quel tribunal s'adresser pour obtenir une injonction interlocutoire, ne laissant donc aucun autre recours contre la perte du dimanche comme jour de repos que l'injonction interlocutoire décernée par une cour de justice: (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 176, 46 B.C.A.C. 243, 75 W.A.C. 243.

III. Legislation

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2

57. (1) Every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences between the parties to or employees bound by the collective agreement, concerning its interpretation, application, administration or alleged contravention.

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224

36. A mandamus or an injunction may be granted or a receiver or receiver manager appointed by an interlocutory order of the court in all cases in which it appears to the court to be just or convenient that the order should be made, and the order may be made either unconditionally or on terms and conditions the court thinks just. . . .

IV. Points in Issue

1. Do the superior courts in British Columbia have jurisdiction to issue injunctions in connection with disputes between federally regulated employers and employees concerning the interpretation, application, administration or alleged contravention of collective agreements?
2. Can the superior courts in British Columbia issue interlocutory injunctions in circumstances where there is no cause of action to which the injunction is ancillary?

V. Analysis

A) *Jurisdiction of the Superior Courts in British Columbia to Grant an Injunction*

The governing principle on this issue is that notwithstanding the existence of a comprehensive code for settling labour disputes, where “no adequate alternative remedy exists” the courts retain a residual discretionary power to grant interlocutory relief such as injunctions, a power which flows from the inherent jurisdiction of the courts over interlocutory matters: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 727. The

III. Dispositions législatives

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2

57. (1) Est obligatoire dans la convention collective la présence d'une clause prévoyant le mode — par arbitrage ou toute autre voie — de règlement définitif, sans arrêt de travail, des désaccords qui pourraient survenir entre les parties ou les employés qu'elle régit, quant à son interprétation, son application ou sa prétendue violation.

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224

[TRADUCTION] 36. Un bref de mandamus ou une injonction peut être accordé, ou un séquestre ou administrateur séquestre nommé, par ordonnance interlocutoire de la cour dans tous les cas où la cour juge juste et pratique de décerner une telle ordonnance, inconditionnellement ou aux conditions qu'elle estime justes. . . .

IV. Questions en litige

1. Les cours supérieures de la Colombie-Britannique ont-elles compétence pour décerner des injonctions relativement à des conflits entre employeurs et employés assujettis à la législation fédérale, portant sur l'interprétation, l'application, l'administration ou la prétendue violation de conventions collectives?
2. Les cours supérieures de la Colombie-Britannique peuvent-elles décerner des injonctions interlocutoires lorsqu'il n'y a aucune cause d'action à laquelle l'injonction est accessoire?

V. Analyse

A) *La compétence des cours supérieures de la Colombie-Britannique pour décerner une injonction*

Le principe directeur dans le présent litige est celui suivant lequel, nonobstant l'existence d'un code détaillé conçu pour le règlement des conflits de travail, les cours de justice conservent, en «l'absence de tout autre recours», leur pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder un redressement interlocutoire tel que les injonctions, pouvoir qui découle de la compétence inhérente des cours en matière de recours interlocutoires: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien*

“residual discretionary jurisdiction in courts of inherent jurisdiction to grant relief not available under the statutory arbitration scheme” was most recently affirmed by this Court in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paras. 41, 54, 57 and 67, and *New Brunswick v. O’Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967, at para. 3.

des travailleurs du papier, section locale 219, [1986] 1 R.C.S. 704, à la p. 727. L’existence du «pouvoir discrétionnaire résiduel qu’ont les tribunaux de compétence inhérente d’accorder une réparation que la procédure d’arbitrage d’origine législative ne prévoit pas» a été tout récemment confirmée par notre Cour dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, aux par. 41, 54, 57 et 67, et dans *Nouveau-Brunswick c. O’Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, au par. 3.

6 Applying this principle to the facts in the case at bar, the first question is whether the *Canada Labour Code* provides an adequate remedy for the claim raised before the British Columbia Supreme Court. That claim, as stated above, was for a postponement of the employer’s disputed decision to reschedule the work in such a way that the employees would lose their Sunday rest days, pending a decision on the legality of the new schedule by an arbitrator appointed under the *Canada Labour Code*. It is not disputed that the collective agreement and the machinery provided under the *Canada Labour Code* provided no means to secure the postponement of implementation of the new schedule. I can put it no better than Hutcheon J.A. in the Court of Appeal (at pp. 182-83 B.C.L.R.):

The important circumstances in the present case are that there is no forum for interlocutory injunctions available through the *Canada Labour Code*; the work of the track crews is seasonal and from approximately March to the end of October; the arbitration proceeding was not finished until March 1994, several months after the 1993 work season; and without a restraining order there would be no way to remedy the loss of Sunday rest days.

There was, in the words of this Court in *St. Anne Nackawic*, “no adequate alternative remedy”. The British Columbia Supreme Court, by contrast, was empowered to grant interlocutory injunctions such as that which the union sought in the exercise of its inherent jurisdiction: *Law and Equity Act*, s. 36. It would appear to follow that the court had the power to grant an injunction against imposition of

Si l’on applique ce principe aux faits en l’espèce, la première question qui se pose est de savoir si le *Code canadien du travail* prévoit un recours approprié quant à la demande présentée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cette demande, comme je l’ai déjà dit, visait à faire surseoir à la décision contestée de l’employeur d’apporter à l’horaire de travail une modification qui aurait eu pour conséquence de faire perdre aux employés le dimanche comme jour de repos, jusqu’à ce qu’un arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail* rende une décision quant à la légalité du nouvel horaire. Il n’est pas contesté que la convention collective et l’ensemble des mesures prévues par le *Code canadien du travail* n’offrent pas de moyen d’obtenir un sursis à la mise en application du nouvel horaire. Je ne pourrais dire mieux que le juge Hutcheon de la Cour d’appel (aux pp. 182 et 183 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] Ce qui est important en l’espèce, c’est que le *Code canadien du travail* ne prévoit pas à quel tribunal s’adresser pour obtenir une injonction interlocutoire; le travail des équipes de préposés aux voies est saisonnier et s’étend approximativement de mars à la fin d’octobre; la procédure d’arbitrage n’a pris fin qu’en mars 1994, plusieurs mois après la fin de la saison 1993, et sans une ordonnance portant interdiction, il n’y aurait aucun moyen de remédier à la perte des dimanches comme jours de repos.

Il y avait, pour reprendre les termes de notre Cour dans l’arrêt *St. Anne Nackawic*, «absence de tout autre recours». Par contre, la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait le pouvoir, en raison de sa compétence inhérente, de décerner des injonctions interlocutoires comme celle que le syndicat demandait: *Law and Equity Act*, art. 36. Il semble s’ensuivre que la cour avait le pouvoir de

the new schedule for the interim period pending a decision from the arbitrator appointed under the Code.

The appellant employer raises a number of arguments against this conclusion. The first is that to permit the court to grant the interim injunction sought is to undermine the collective agreement and the *Canada Labour Code*. The answer to this objection is found in the reasoning of this Court in *Weber and O'Leary*. Those cases affirm that deference to labour tribunals and exclusivity of jurisdiction to an arbitrator are not inconsistent with a residual jurisdiction in the courts to grant relief unavailable under the statutory labour scheme. There has never been any dispute in this case that the arbitrator and the arbitrator alone is entitled to resolve the dispute between the employer and the employees. The proof lies in the fact that the arbitrator in fact resolved this dispute, and that the interim order of the Supreme Court of British Columbia, directed to preserving the *status quo* and nothing more, in no way interfered with the resolution of the dispute under the Code.

The employer further argues that the dispute resolution mechanism provided by the Code is exclusive, and bars any other remedies. The court, it says, disregarded the comprehensive contractual and statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour dispute. The difficulty with this argument lies in the assumption that the Code covers all aspects of any labour dispute. In this case, the fact is that the Code did not cover all aspects of the dispute. No matter how comprehensive a statutory scheme for the regulation of disputes may be, the possibility always remains that events will produce a difficulty which the scheme has not foreseen. It is important in these circumstances that there be a tribunal capable of resolving the matter, if a legal, rather than extra-legal, solution is to be found. It is precisely for this reason that the common law developed the notion of courts of inherent jurisdiction. If the rule of law is not to be reduced to a patchwork, sometime thing, there must be a body

décerner une injonction contre la mise en application du nouvel horaire en attendant la décision de l'arbitre nommé en vertu du Code.

L'employeur appelant fait valoir de nombreux arguments contre cette conclusion. Selon le premier, permettre à la cour d'accorder l'injonction provisoire demandée a pour effet de miner la convention collective et le *Code canadien du travail*. On trouve réponse à cette objection dans le raisonnement qu'a suivi notre Cour dans les arrêts *Weber et O'Leary*. Ces arrêts confirment que la retenue à l'égard des tribunaux du travail et l'exclusivité des compétences de l'arbitre ne sont pas incompatibles avec la compétence résiduelle des cours de justice pour accorder un redressement qui n'est pas prévu par la loi régissant les relations du travail. Il n'a aucunement été contesté en l'espèce qu'il revient à l'arbitre, et à l'arbitre seul, de régler le conflit entre l'employeur et les employés. La preuve en est que l'arbitre l'a effectivement réglé et que l'ordonnance provisoire de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, décernée dans le but de préserver le statu quo et rien d'autre, n'a en rien nu au règlement du conflit en application du Code.

L'employeur avance aussi que la procédure de règlement des conflits prévue par le Code est exclusive et qu'elle interdit tout autre recours. Il affirme que la cour n'a pas tenu compte du régime législatif et contractuel complet visant à régir tous les aspects de la relation entre les parties lors d'un conflit de travail. La difficulté que présente cet argument tient à ce qu'il pose l'hypothèse que le Code couvre tous les aspects de tout conflit de travail. En l'espèce, le fait est que le Code ne couvrirait pas tous les aspects du conflit. Si détaillé que puisse être un régime établi par la loi pour le règlement des conflits, il reste toujours une possibilité que des événements entraînent un problème que le régime n'avait pas prévu. Il est alors important qu'il y ait un tribunal capable de résoudre ce problème, si l'on veut trouver une solution judiciaire plutôt qu'extrajudiciaire. C'est précisément pour cette raison que la common law a élaboré la notion de cours investies d'une compétence inhérente. Si l'on veut éviter que la primauté du droit ne soit

to which disputants may turn where statutes and statutory schemes offer no relief.

9 The employer argues that the principle of residual jurisdiction enunciated in *St. Anne Nackawic* is confined to restraining illegal work stoppages. Although some of the words used in that case emphasized the illegal nature of the work stoppage there at issue, the case more generally affirmed the jurisdiction of the courts to grant relief not available under the statutory scheme in “proper” circumstances. *Weber* and *O’Leary* confirm this. It follows that this argument cannot succeed.

10 The employer argues that the test in *Weber* consists of determining if the dispute, in its essential character, has arisen from the collective agreement. Here, it submits, the dispute arose from the interpretation or application of the collective agreement, ousting the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court under the *Weber* test. The problem is that the appellant takes the dispute as being the underlying dispute as to whether the collective agreement permits the rescheduling at issue. The test in *Weber*, however, refers to the dispute put before the courts considering the residual relief. Here that dispute — the right to postpone implementation of the schedule pending resolution of the underlying dispute by the arbitrator — did not arise from the collective agreement. Rather, as all courts at all levels have held, the collective agreement did not touch it.

11 The employer’s final argument on the first issue is that to permit the courts to grant an interim injunction in a case such as this is to interfere with the fundamental right of an employer to manage its enterprise. Arbitrators, it submits, have recognized as a fundamental principle of labour law that management has an “inherent” power to initiate change flowing from its responsibility to manage the

réduite à un ensemble incohérent, appliqué au gré de la fantaisie, il faut qu’il y ait une entité à laquelle les parties à un conflit puissent s’en remettre lorsque les lois et les régimes établis par celles-ci ne prévoient aucun recours.

L’employeur allègue que le principe de la compétence résiduelle dégagé dans la décision *St. Anne Nackawic* se limite à interdire les arrêts de travail illégaux. Bien que certains des termes utilisés dans cette affaire aient mis l’accent sur la nature illégale de l’arrêt de travail en question, la décision a confirmé de façon plus générale la compétence des cours de justice pour accorder, dans les circonstances «appropriées», un redressement non prévu par le régime législatif. Les arrêts *Weber* et *O’Leary* confirment ce point. Il s’ensuit que cet argument ne saurait être retenu.

L’employeur fait valoir que le critère dégagé dans l’arrêt *Weber* est de savoir si le litige, dans son essence, provient de la convention collective. En l’espèce, soutient-il, le conflit provient de l’interprétation ou de l’application de la convention collective, et nie donc toute compétence à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu du critère de l’arrêt *Weber*. Le problème tient à ce que l’appelante considère le conflit comme étant le conflit sous-jacent quant à savoir si la convention collective permet la modification d’horaire en question. Le critère de l’arrêt *Weber*, toutefois, renvoie au conflit soumis aux cours de justice quant au redressement résiduel. En l’espèce, ce conflit — soit le droit de retarder la mise en application de l’horaire en attendant le règlement par l’arbitre du conflit sous-jacent — ne provient pas de la convention collective. Au contraire, comme les cours de toutes les juridictions l’ont affirmé, la convention collective ne traite aucunement de cette question.

Selon le dernier argument de l’employeur sur la première question, permettre aux cours de justice de décerner des injonctions provisoires dans des affaires comme l’espèce constitue une immixtion dans le droit fondamental de l’employeur de gérer son entreprise. Les arbitres, soutient-il, ont reconnu comme principe fondamental du droit du travail le pouvoir «inhérent» de la direction d’ef-

enterprise. This principle is buttressed, in the employer's submission, by a second labour relations principle, "obey now, grieve later", recognized by this Court in *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199. The employer argues that the British Columbia courts erred in failing to observe these principles and maintaining the *status quo*.

These arguments go not to jurisdiction, but to whether, assuming jurisdiction, it was appropriate to grant the interim injunction. They were not raised below, as matters concerning the exercise of the trial court's discretion should be. Consequently, I do not propose to consider them in depth. It is sufficient to note that the employer presented no evidence that the interim injunction prejudiced its operations. Moreover, the employer could have returned to court to have the injunction set aside or varied in the case of "compelling necessity". It did not do so. As for the "obey now, grieve later" principle, it finds its origin and application in preventing employees from stopping production pending a third party determination of a dispute. In short, it is founded on clear prejudice to the employer. It is difficult to see how it could apply where the interim relief presents no demonstrable prejudice to the employer.

B) *Need for an Underlying Cause of Action*

The appellant employer submits that a court has power to grant an interim injunction only as an adjunct to a cause of action properly instituted in the court. It contends that the jurisdiction to grant interim injunctions under s. 36 of the *Law and Equity Act* is ancillary to and dependant upon a claim for final relief to the court from which the interim relief is sought. It is not disputed that at the time the injunction was granted, there was no

effectuer tout changement qui découle de sa responsabilité de gérer l'entreprise. Ce principe est renforcé, selon les allégations de l'employeur, par un autre principe des relations du travail, soit «obéir d'abord et déposer son grief ensuite», que notre Cour a reconnu dans l'arrêt *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199. L'employeur allègue que les cours de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en omettant d'adhérer à ces principes et en maintenant le statu quo.

Ces arguments ne se rapportent pas à la compétence, mais à la question de savoir si, en supposant qu'il y ait compétence, il était approprié de décerner l'injonction provisoire. Ces arguments n'ont pas été présentés dans les instances inférieures, comme ils auraient dû l'être, vu qu'ils se rapportent à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le tribunal de première instance. Par conséquent, je ne les examinerai pas en profondeur. Il suffit de noter que l'employeur n'a présenté aucune preuve que l'injonction provisoire a porté préjudice au fonctionnement de son entreprise. De plus, l'employeur aurait pu se présenter à nouveau devant la cour pour demander l'annulation de l'injonction ou pour la faire modifier, en invoquant une «nécessité impérieuse». Il ne l'a pas fait. Quant au principe «obéir d'abord et déposer son grief ensuite», il tire son origine et son application de l'intention d'empêcher que les employés n'arrêtent la production en attendant qu'une tierce partie tranche le conflit. Bref, ce principe repose sur un préjudice évident causé à l'employeur. Il est difficile de voir comment il pourrait s'appliquer lorsque le redressement provisoire ne cause aucun préjudice manifeste à l'employeur.

B) *La nécessité d'une cause d'action sous-jacente*

L'employeur appelant soutient qu'une cour de justice n'a le pouvoir de décerner une injonction provisoire qu'à titre d'accessoire à une cause d'action régulièrement engagée devant elle. Il affirme que la compétence pour décerner des injonctions provisoires en vertu de l'art. 36 de la *Law and Equity Act* est accessoire à une action en justice dont elle dépend, engagée en vue d'obtenir un redressement définitif de la cour à laquelle on

12

13

claim for final relief before the Supreme Court of British Columbia.

14 The notion that a court could not entertain an application for an interim injunction unless the court had before it an action claiming final relief finds expression in *Lamont v. Air Canada* (1981), 126 D.L.R. (3d) 266 (Ont. H.C.), where Griffiths J. wrote (at p. 272):

I know of no authority, nor has counsel been able to cite one in which the Court may issue an injunction to preserve the *status quo* while the plaintiff pursues his remedy before a statutory body over which the Court has no control.

Other cases relied on by the employer are readily distinguishable. In *Burkart v. Dairy Producers Co-operative Ltd.* (1990), 74 D.L.R. (4th) 694, the Saskatchewan Court of Appeal acknowledged that the court did retain limited jurisdiction over labour matters. In *Iron Ore Co. of Canada v. United Steelworkers of America, Local 5795* (1984), 5 D.L.R. (4th) 24 (Nfld. C.A.), the governing statute requires that there be a "civil cause or matter commenced in the Supreme Court", as contrasted with the more general language of the British Columbia *Law and Equity Act*.

15 Put at their highest, these cases may be seen as reflections of the doubt that existed in this area following the decision of the House of Lords in *Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210. The House of Lords removed that doubt in its decision in *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] 2 W.L.R. 262, categorically rejecting the submission that to grant interim relief, the courts must have jurisdiction over the cause of action. The concurring judgment of Lord Browne-Wilkinson held at p. 267 that:

In my judgment that submission is not well founded. I can see nothing in the language employed by Lord

demande le redressement provisoire. On ne conteste pas qu'au moment où l'injonction a été décernée, aucune action n'avait été déposée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour obtenir un redressement définitif.

La notion selon laquelle une cour de justice ne peut pas connaître d'une demande d'injonction provisoire, à moins qu'elle n'ait été saisie d'une action demandant un redressement définitif, trouve appui dans la décision *Lamont c. Air Canada* (1981), 126 D.L.R. (3d) 266 (H.C. Ont.), où le juge Griffiths a écrit, à la p. 272:

[TRADUCTION] Je ne connais ni jurisprudence ni doctrine, et l'avocat a été incapable d'en citer, où la cour peut décerner une injonction afin de préserver le statu quo pendant que le demandeur cherche à obtenir un redressement devant un organisme créé par la loi, sur lequel la cour ne peut exercer aucun contrôle.

Il est facile de distinguer l'espèce des autres affaires sur lesquelles l'employeur s'appuie. Dans *Burkart c. Dairy Producers Co-operative Ltd.* (1990), 74 D.L.R. (4th) 694, la Cour d'appel de la Saskatchewan a reconnu que la cour conservait effectivement une compétence limitée en matière de relations du travail. Dans *Iron Ore Co. of Canada c. United Steelworkers of America, Local 5795* (1984), 5 D.L.R. (4th) 24 (C.A.T.-N.), la loi opérante exigeait qu'il y ait une [TRADUCTION] «cause ou affaire civile engagée devant la Cour suprême», contrairement au libellé plus général de la *Law and Equity Act* de la Colombie Britannique.

Au mieux, ces arrêts peuvent être considérés comme le reflet du doute qu'a engendré sur cette question l'arrêt de la Chambre des lords *Siskina (Cargo Owners) c. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210. La Chambre des lords a dissipé ce doute dans son arrêt *Channel Tunnel Group Ltd. c. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] 2 W.L.R. 262, rejetant catégoriquement l'allégation suivant laquelle il est nécessaire, pour qu'une cour puisse accorder un redressement provisoire, qu'elle ait compétence sur la cause d'action. Dans des motifs concordants, Lord Browne-Wilkinson a conclu, à la p. 267:

[TRADUCTION] Selon moi, cette allégation n'est pas fondée. Je ne vois rien dans les termes utilisés par lord

Diplock (or in later cases in this House commenting on the *Siskina*) which suggest that a court has to be satisfied, at the time it grants interlocutory relief, that the final order, if any, will be made by an English court.

Diplock (ou dans les arrêts de notre Chambre commentant l'arrêt *Siskina*) qui tendent à indiquer qu'une cour doit être convaincue, au moment où elle accorde un redressement interlocutoire, que l'ordonnance définitive sera rendue, le cas échéant, par une cour d'Angleterre.

... Even applying the test laid down by the *Siskina* the court has power to grant interlocutory relief based on a cause of action recognised by English law against a defendant duly served where such relief is ancillary to a final order whether to be granted by the English court or some other court or arbitral body. [Emphasis added.]

... Même en appliquant le critère exposé dans l'arrêt *Siskina*, la cour a le pouvoir d'accorder un redressement interlocutoire en rapport avec une cause d'action reconnue par le droit anglais, contre le défendeur à l'égard de qui il y a eu signification régulière, lorsque ce redressement est accessoire à une ordonnance définitive, que cette dernière soit rendue par une cour d'Angleterre ou toute autre cour ou instance arbitrale. [Je souligne.]

Canadian courts since *Channel Tunnel* have applied it for the proposition that the courts have jurisdiction to grant an injunction where there is a justiciable right, wherever that right may fall to be determined: *Amherst (Town) v. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277 (C.A.), at pp. 279 and 281; *R. v. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 125 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.), at pp. 26-27. See also *Kaiser Resources Ltd. v. Western Canada Beverage Corp.* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 236 (S.C.), at pp. 244-45. This accords with the more general recognition throughout Canada that the court may grant interim relief where final relief will be granted in another forum: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 F.C. 155 (T.D.) (rev'd [1996] 1 F.C. 804 (C.A.)), leave to appeal to S.C.C. filed March 25, 1996*; *St. Anne Nackawic*, *supra*; *Weber*, *supra*; *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29 (B.C.C.A.); *Retail Store Employees' Union, Local 832 v. Canada Safeway Ltd.* (1980), 2 Man. R. (2d) 100 (C.A.); *O'Leary*, *supra*; *Kelso*, *supra*.

Depuis, les cours canadiennes ont appliqué l'arrêt *Channel Tunnel* comme signifiant que les cours ont compétence pour décerner une injonction lorsqu'il y a une question justiciable, peut importe le ressort qui éventuellement la tranchera: *Amherst (Town) c. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277 (C.A.), aux pp. 279 et 281; *R. c. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 125 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.), aux pp. 26 et 27. Voir aussi *Kaiser Resources Ltd. c. Western Canada Beverage Corp.* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 236 (C.S.), aux pp. 244 et 245. Cela concorde avec la reconnaissance plus générale dans tout le Canada selon laquelle une cour de justice peut accorder un redressement provisoire même si le redressement définitif sera accordé par un autre tribunal: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 C.F. 155 (1^{re} inst.) (inf. par [1996] 1 C.F. 804 (C.A.)), autorisation de pourvoi à la C.S.C. déposée le 25 mars 1996*; *St. Anne Nackawic* et *Weber*, précités; *Moore c. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29 (C.A.C.-B.); *Retail Store Employees' Union, Local 832 c. Canada Safeway Ltd.* (1980), 2 Man. R. (2d) 100 (C.A.); *O'Leary* et *Kelso*, précités.

I conclude that the absence of a cause of action claiming final relief in the Supreme Court of

Je conclus que l'absence d'une cause d'action visant l'obtention d'un redressement définitif

*Applications for leave to appeal granted October 10, 1996.

*Demandes d'autorisation de pourvoi accordées le 10 octobre 1996.

British Columbia did not deprive the court of jurisdiction to grant an interim injunction.

devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'enlevait pas à la cour sa compétence pour décerner une injonction provisoire.

VI. Conclusion

VI. Conclusion

18

I would dismiss the appeal with costs.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitor for the appellant: Canadian Pacific Legal Services, Montreal.

Procureur de l'appelante: Service du contentieux de Canadien Pacifique, Montréal.

Solicitors for the respondent: McGrady, Askew & Fiorillo, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: McGrady, Askew & Fiorillo, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1996 Vol. 2

4^e cahier, 1996 Vol. 2

Cited as [1996] 2 S.C.R. 507-721

Renvoi [1996] 2 R.C.S. 507-721

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are hereby notified of Rule 51.1, a new rule added to the *Rules of the Supreme Court of Canada*, registered as SOR/96-393 and published in Part II of the Canada Gazette on August 7, 1996.

Where a judge is satisfied that a party is conducting a proceeding in a vexatious manner, Rule 51.1 allows the judge to order a stay of proceedings on appropriate terms.

Similarly, where an application for leave to appeal has been dismissed, a judge may order that no further proceedings be filed relating to that leave application, where the judge is satisfied that the further proceedings would be vexatious or are brought for an improper purpose.

An application for an order under Rule 51.1 may be made by any party or by the Registrar.

Any inquiries about this rule should be addressed to Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés du nouvel article 51.1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, porté sous le DORS/96-393 et publié le 7 août 1996 dans la Gazette du Canada, partie II.

L'article 51.1 permet au juge, s'il est convaincu qu'une partie agit de manière vexatoire, d'ordonner la suspension de l'instance aux conditions qu'il estime appropriées.

De même, un juge peut ordonner qu'aucune autre procédure ne soit déposée relativement à une demande d'autorisation d'appel rejetée, s'il est convaincu que cette autre procédure serait vexatoire ou introduite dans un but illégitime.

L'article 51.1 stipule que l'ordonnance peut être demandée par toute partie ou par le registraire.

Toutes questions concernant le présent avis doivent être adressées à Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-7520.

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRAIRE

September, 1996

Septembre 1996

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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

CONTENTS

R. v. Van der Peet 507

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish on non-commercial basis — Fish caught under native food fish licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under that licence — Fish sold to non-aboriginal and charges laid — Definition of "existing aboriginal rights" as used in s. 35 of Constitution Act, 1982 — Whether an aboriginal right being exercised in the circumstances — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5).

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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

SOMMAIRE

R. c. Van der Peet 507

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson à des fins non commerciales — Poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens — Règlement interdisant la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis — Poisson vendu à des non-autochtones et dépôt d'accusations — Définition de «droits ancestraux existants» à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — S'agissait-il, dans les circonstances, de l'exercice d'un droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd..... 672

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish (salmon) — Food processor charged for selling salmon contrary to regulations — Large quantities of salmon purchased from natives — Natives catching salmon under food fishing licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under food fishing licence — Whether an aboriginal right to sell salmon — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(5) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).

SOMMAIRE (Fin)

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5).

R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd..... 672

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson (saumon) — Entreprise de transformation alimentaire accusée d'avoir vendu du poisson en violation de certaines dispositions réglementaires — Grandes quantités de saumon achetées d'autochtones — Autochtones ayant pris le saumon en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Règlement interdisant la vente ou l'échange du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Existe-t-il un droit ancestral de vendre du saumon? — Le droit ancestral a-t-il été éteint? — Les dispositions réglementaires portent-elles atteinte au droit ancestral? — L'atteinte est-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(5) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).

Dorothy Marie Van der Peet *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation, the First Nations Summit, Delgamuukw et al., Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. VAN DER PEET

File No.: 23803.

1995: November 27, 28, 29; 1996: August 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish on non-commercial basis — Fish caught under native food fish licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under that licence — Fish sold to non-aboriginal and charges laid — Definition of “existing aboriginal rights” as used in s. 35 of Constitution Act, 1982 — Whether an aboriginal right being exercised in the circumstances — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5).

The appellant, a native, was charged with selling 10 salmon caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, which prohibited the sale or barter of fish caught under such a licence. The restrictions imposed by s. 27(5) were alleged to infringe the appellant's aboriginal right to sell fish and accord-

Dorothy Marie Van der Peet *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Québec, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation, le First Nations Summit, Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. VAN DER PEET

N° du greffe: 23803.

1995: 27, 28, 29 novembre; 1996: 21 août.

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

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson à des fins non commerciales — Poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens — Règlement interdisant la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis — Poisson vendu à des non-autochtones et dépôt d'accusations — Définition de «droits ancestraux existants» à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — S'agissait-il, dans les circonstances, de l'exercice d'un droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5).

L'appelante, une autochtone, a été accusée d'avoir vendu 10 saumons pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, qui interdisait la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis. On a plaidé que les restrictions imposées par le par. 27(5) portent

ingly were invalid because they violated s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge held that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell such fish and found the appellant guilty. The summary appeal judge found an aboriginal right to sell fish and remanded for a new trial. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the guilty verdict. The constitutional question before this Court queried whether s. 27(5) of the Regulations was of no force or effect in the circumstances by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A purposive analysis of s. 35(1) must take place in light of the general principles applicable to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. This relationship is a fiduciary one and a generous and liberal interpretation should accordingly be given in favour of aboriginal peoples. Any ambiguity as to the scope and definition of s. 35(1) must be resolved in favour of aboriginal peoples. This purposive analysis is not to be limited to an analysis of why a pre-existing doctrine was elevated to constitutional status.

Aboriginal rights existed and were recognized under the common law. They were not created by s. 35(1) but subsequent to s. 35(1) they cannot be extinguished. They can, however, be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out in *R. v. Sparrow*.

Section 35(1) provides the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose. The French version of the text, prior jurisprudence of this Court and the courts of

atteinte au droit ancestral de l'appelante de vendre du poisson et qu'elles sont en conséquence invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris et a déclaré l'appelante coupable. Le juge d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il existait un droit ancestral de vendre du poisson et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et rétabli le verdict de culpabilité. La question constitutionnelle que la Cour était appelée à trancher portait sur le point suivant: le par. 27(5) du Règlement était-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant en raison de l'existence de droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'analyse du par. 35(1) en fonction de son objet doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence que les dispositions concernant les peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale. Les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Il ne faut pas limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel.

Les droits ancestraux existaient déjà et ils étaient reconnus en common law. Le paragraphe 35(1) n'a pas créé les droits ancestraux, mais à la suite de l'adoption du par. 35(1), ils ne peuvent pas être éteints. Ils peuvent, toutefois, être réglementés ou violés en conformité avec le critère de justification énoncé dans *R. c. Sparrow*.

Le paragraphe 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans le texte français de cette disposition, dans des décisions antérieures de notre Cour et des tribunaux australiens et américains,

Australia and the United States, academic commentators and legal literature support this approach.

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. A number of factors must be considered in applying the "integral to a distinctive culture" test. The court must take into account the perspective of the aboriginal peoples, but that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure.

In assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. The activities must be considered at a general rather than specific level. They may be an exercise in modern form of a pre-contact practice, custom or tradition and the claim should be characterized accordingly.

To be integral, a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question — one of the things which made the culture of the society distinctive. A court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive) or at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society. It is those distinctive features that need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact with European society. Conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of the community in question need not be produced. The evidence simply needs to be directed at

chez des commentateurs universitaires et dans la littérature juridique.

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. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération dans l'application du critère de la «partie intégrante d'une culture distinctive». Le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones, mais il faut que ce point de vue soit exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.

Dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué, pour juger si la revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit. Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Il doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. Il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée — être l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive. Le tribunal ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel. Ce sont ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. Il n'est pas nécessaire de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de la collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens.

demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. The concept of continuity is the means by which a "frozen rights" approach to s. 35(1) will be avoided. It does not require an unbroken chain between current practices, customs and traditions and those existing prior to contact. A practice existing prior to contact can be resumed after an interruption.

Basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the inclusion of the Métis in the definition of "aboriginal peoples of Canada" in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. The history of the Métis and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35 are quite distinct from those relating to other aboriginal peoples in Canada. The manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined.

A court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, conscious of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions and customs engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards applied in other contexts.

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. Claims to aboriginal rights are not to be determined on a general basis.

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a

Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Il n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite entre les coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Une pratique qui existait avant le contact avec les Européens peut être reprise après une interruption.

Le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada». L'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. La manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis.

Le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans d'autres contextes.

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Les revendications de droits ancestraux ne peuvent pas être tranchées de manière générale.

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, pratique ou tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peu-

process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

A practice, custom or tradition, to be recognized as an aboriginal right need not be distinct, meaning "unique", to the aboriginal culture in question. The aboriginal claimants must simply demonstrate that the custom or tradition is a defining characteristic of their culture.

The fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. A practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right, however, where it arose solely as a response to European influences.

The relationship between aboriginal rights and aboriginal title (a sub-category of aboriginal rights dealing solely with land claims) must not confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. 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 both at 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.

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the Court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. Here, the appellant claimed that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral element the exchange of fish for money or other goods. The significance of the practice, tradition or custom is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. The claim must be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery,

vent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

Pour être reconnue comme un droit ancestral, une coutume, pratique ou tradition n'a pas à être distincte, c'est-à-dire «propre» à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est une caractéristique déterminante de leur culture.

Le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication; l'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Le rapport entre le titre aborigène (une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers) et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. 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.

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, notre Cour doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, l'appelante soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. La revendication doit plutôt

here the custom of exchanging fish for money or other goods.

The trial judge made no clear and palpable error which would justify an appellate court's substituting its findings of fact. These findings included: (1) prior to contact exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes; (2) there was no regularized trading system amongst the appellant's people prior to contact; (3) the trade that developed with the Hudson's Bay Company, while of significance to the Sto:lo of the time, was qualitatively different from what was typical of Sto:lo culture prior to contact; and, (4) the Sto:lo's exploitation of the fishery was not specialized and that suggested that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. The appellant failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo culture which existed prior to contact and was therefore protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Aboriginal rights find their origin in the historic occupation and use of native ancestral lands. These rights 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, customs and traditions. They also include other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture.

Aboriginal rights can exist on reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands. Reserve lands are reserved by the federal government for the exclusive use of Indian people. Title to aboriginal title lands — lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion — is founded on common law and is subject to the Crown's ultimate title. It exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. Aboriginal title can also be founded on treaties. Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited

être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêche, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait une cour d'appel de substituer ses conclusions de fait aux siennes. Parmi ces conclusions, on peut relever les suivantes: (1) avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires; (2) il n'existait pas, avant le contact avec les Européens, de système de commerce organisé chez le peuple auquel appartient l'appelante; (3) le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était important pour la société sto:lo de cette époque, était qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens; (4) l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche chez les Sto:lo tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. L'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens et était en conséquence protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La source des droits ancestraux est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, et ces droits comprennent 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.

Les droits ancestraux peuvent se rattacher aux terres des réserves, aux terres visées par un titre aborigène et aux terres visées par un droit ancestral. Les terres des réserves sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Les terres visées par un titre aborigène, fondé sur la common law, sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre. Le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité. Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres

and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. These types of lands are not static or mutually exclusive.

Prior to 1982, aboriginal rights were founded only on the common law and they could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign". Now, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada".

The *Sparrow* test deals with constitutional claims of infringement of aboriginal rights. This test involves three steps: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and, (3) the justification of the infringement.

Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) must be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. It is not appropriate that the perspective of the common law be given an equal weight with the perspective of the natives.

The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Two approaches have emerged.

The first approach focuses on the particular aboriginal practice, custom or tradition. It considers that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures is non-aboriginal and hence not protected by s. 35(1).

auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils «dépendaient de la bonne volonté du Souverain». Désormais, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada».

Le test énoncé dans *Sparrow* est le cadre d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral. Il comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte.

Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. Les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté *vis-à-vis* des autochtones. La règle la plus importante est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. Il n'est pas approprié d'affirmer que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Deux méthodes d'analyse se sont dégagées.

La première est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. Suivant ce point de vue, ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est non autochtone et donc n'est pas protégé par le

This approach should not be adopted. This approach misconstrues the words "distinctive culture", used in *Sparrow*, by interpreting it as if it meant "distinct culture". It is also overly majoritarian. Finally, this approach is unduly restrictive as it defines aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away.

The second approach describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction and is more generic. Its underlying premise is that the notion of "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Section 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, customs or traditions but the "distinctive culture" of which aboriginal activities are manifestations. The emphasis is on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves. These aboriginal activities should be distinguished from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1).

The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, customs and traditions which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). A generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. What constitutes a practice, custom or tradition distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people.

The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, custom or tradition has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Two basic approaches exist: the "frozen right" approach and the "dynamic right" approach. The latter should be preferred.

par. 35(1). Cette méthode ne devrait pas être adoptée. Elle décrit mal l'expression «culture distinctive» utilisée dans l'arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». C'est une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Enfin, elle est une interprétation par trop rigide qui revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones.

La deuxième méthode est plus générale et décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Le principe sur lequel elle repose est que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. L'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes. Il faudrait distinguer ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1).

Le critère de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones.

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Deux méthodes principales ont été préconisées: la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». Il y a lieu de préférer la dernière.

The “frozen right” approach would recognize practices, customs and traditions that existed from time immemorial and that continued to exist at the time of British sovereignty. This approach overstates the impact of European influence on aboriginal communities, crystallizes aboriginal practice as of an arbitrary date, and imposes a heavy burden on the persons claiming an aboriginal right even if evidentiary standards are relaxed. In addition, it embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society and is inconsistent with *Sparrow* which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982.

Underlying the “dynamic right” approach is the premise that “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. Aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, customs and traditions change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality. Practices, customs and traditions need not have existed prior to British sovereignty or European contact. British sovereignty, instead of being considered the turning point in aboriginal culture, would be regarded as having recognized and affirmed practices, customs and traditions which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the “doctrine of continuity”.

The aboriginal activity must have formed an integral part of a distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. This period should be assessed based on: (1) the type of aboriginal practices, customs and traditions; (2) the particular aboriginal culture and society; and, (3) the reference period of 20 to 50 years. This approach gives proper consideration to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights.

As regards the delineation of the aboriginal right claimed, the purposes of aboriginal practices, customs and traditions are highly relevant in assessing if they are sufficiently significant to the culture for a substantial continuing period of time. The purposes should not be

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions qui existaient de temps immémorial au moment de la souveraineté britannique. Cette méthode exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collectivités autochtones, cristallise les pratiques autochtones à une date arbitraire et, sur le plan de la preuve, impose aux autochtones un fardeau lourd que ne permet pas d'atténuer l'assouplissement des normes de preuve. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones et est incompatible avec l'arrêt *Sparrow* qui a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982.

La méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue. Il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique ou avant le contact avec les Européens. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la «doctrine de la continuité».

L'activité autochtone doit avoir fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. Cette période devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Cette méthode permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants.

Pour ce qui est de la définition du droit ancestral revendiqué, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement pertinentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été

strictly compartmentalized but rather should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance at the centre.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. Whether an activity is sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time will have to be determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right.

Nevertheless, the facts did not support framing the issue in this case in terms of commercial fishing. Appellant did not argue that her people possessed an aboriginal right to fish for commercial purposes but only the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. Finally, the legislative provision under constitutional challenge was not only aimed at commercial fishing but also at the non-commercial sale, trade and barter of fish.

The trial judge and the Court of Appeal erred in framing the issue and in using a "frozen right" approach. The trial judge, since he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1), made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. An appellate court, given these palpable and overriding errors affecting the trial judge's assessment of the facts, is accordingly justified in intervening in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial.

The fishery always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. These activities formed part of the

suffisamment importantes pour la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Ces fins ne devraient pas être compartimentées de manière stricte, mais plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

Il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). La question de savoir si une activité est suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture pendant une période considérable et ininterrompue doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué.

Toutefois, les faits de l'espèce ne permettent pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante n'a pas plaidé que son peuple possède un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, mais seulement le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concernait pas seulement la pêche commerciale, mais aussi la vente et l'échange du poisson à des fins non commerciales.

Le juge du procès et la Cour d'appel ont commis une erreur en formulant la question en litige et en appliquant la méthode des «droits figés». Le juge du procès s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1). En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance.

La pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. Ces activités ont fait partie de la culture autoch-

Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time — for centuries before the arrival of Europeans — and continued in modernized forms until the present day. The criteria regarding the characterization and the time requirement of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* were met.

Per McLachlin J. (dissenting): A court considering the question of whether a particular practice is the exercise of a s. 35(1) constitutional aboriginal right must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the Crown's position as fiduciary for the first peoples. The legal perspectives of both the European and the aboriginal societies must be incorporated and the common law being applied must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

The sale at issue should not be labelled as something other than commerce. One person selling something to another is commerce. The critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

An aboriginal right must be distinguished from the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms and remain constant over the centuries. The exercise of rights may take many forms and vary from place to place and from time to time. The principle that aboriginal rights must be ancestral rights is reconciled with this Court's insistence that aboriginal rights not be frozen by the determination of whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right. The rights are ancestral: their exercise takes modern forms.

History is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. A practice, however, need not be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal

tone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue — pendant des siècles avant l'arrivée des Européens — et continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que l'exigence de durée pertinente, ont été respectés.

Le juge McLachlin (dissidente): Le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaît les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue auprès des premiers habitants du pays. Les points de vue juridiques des sociétés européennes et autochtones doivent être intégrés et la common law appliquée doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

La vente faite en l'espèce ne devrait pas être qualifiée autrement que d'acte de commerce. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. La question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Il est nécessaire de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux et ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques. C'est en déterminant si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice du droit visé que l'on concilie le principe que les droits des peuples autochtones doivent être des droits ancestraux et l'insistance de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux: cependant, l'exercice de ces droits prend des formes modernes.

L'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Toutefois, il n'est pas essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec

rights do not find their source in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question, which existed prior to the imposition of European law and which often dated from time immemorial.

Continuity — a link — must be established between the historic practice and the right asserted. The exercise of a right can lapse, however, for a period of time. Aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982.

Neither the “integral part” nor the “dynamic rights” approach provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists, even though each captures important facets of aboriginal rights. The “integral-incident” test is too broad, too indeterminate and too categorical.

Aboriginal rights should be defined through an empirical approach. Inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1) should be drawn from history rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is.

The common law predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles: (1) that the Crown asserted title subject to existing aboriginal interests in their traditional lands and adjacent waters, and (2) that those interests were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for their sustenance is a fundamental aboriginal right which is supported by the common law and by the history of this country and which is enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained therefrom. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. The right is not the right to

les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens et qui souvent existaient de temps immémorial.

Il faut établir qu'il y a continuité — un lien — entre la pratique historique et le droit revendiqué. Il peut arriver, cependant, qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982.

Ni l'approche fondée sur la notion de «partie intégrante», ni celle fondée sur le caractère «dynamique des droits» ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux. Le critère de la «partie intégrante ou accessoire» est trop large, trop indéterminé et trop catégorique.

Il convient de définir les droits ancestraux selon une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir *a priori* ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1).

En common law, les rapports avec les autochtones étaient fondés sur deux principes fondamentaux: (1) Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes; (2) les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance est un droit ancestral fondamental qui trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays, et qui est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés en ont traditionnellement tiré. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Ce

trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for traditional needs, albeit in their modern form. If the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what they traditionally obtained from the resource — basic housing, transportation, clothing and amenities — over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers.

All aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. Any right, aboriginal or other, also carries with it the obligation to use it responsibly. The Crown must establish a regulatory regime which respects these objectives.

The evidence conclusively established that over many centuries the fishery was used not only for food and ceremonial purposes but also for a variety of other needs. The scale of fishing here fell well within the limit of the traditional fishery.

Extinguishment

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of the extinguishment of the right found to exist must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource — pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive.

Tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Tout droit — ancestral ou autre — emporte l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs.

La preuve a établi décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. L'ampleur des activités de pêche en l'espèce restait bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle.

Extinction

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'extinction du droit dont l'existence a été reconnue doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Per McLachlin J. (dissenting): For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain". No government of the day considered either the aboriginal right or the effect of its proposed action on that right, as required by the "clear and plain" test, in effecting any regulations which allegedly had the effect of extinguishing the aboriginal right to fish commercially.

Prima Facie Infringement

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of *prima facie* infringement must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): The inquiry into infringement involves two stages: (1) the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to his or her actions, and (2) the Crown must then show that the regulatory scheme satisfied the particular aboriginal entitlement to fish for sustenance. The second requirement was not met.

Justification

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of justification must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): A large view of justification which cuts back the aboriginal right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony should not be adopted. It runs counter to the authorities, is indeterminate and ultimately more political than legal. A more limited view of justification, that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use, should be adopted.

A government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Limits that have the effect of transferring the

Le juge McLachlin (dissidente): Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse». Aucun gouvernement antérieur n'a, en prenant de règlement qui aurait, affirme-t-on, éteint tout droit ancestral de pêche commerciale, pris en considération, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», le droit ancestral ou encore l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre.

Atteinte à première vue

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'atteinte *prima facie* doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): L'examen de la question de l'atteinte comporte deux étapes: (1) la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait; (2) il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. La deuxième condition n'a pas été remplie.

Justification

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de la justification doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): Il ne convient pas d'adopter une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales. Une telle conception est contraire à la jurisprudence, indéterminée et, en dernière analyse, plus politique que juridique. Il y a lieu d'adopter une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

La restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les pre-

resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified.

Subject to the limitations relating to conservation and prevention of harm to others, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony and supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times. Non-aboriginal peoples may use the resource subject to these conditions.

The regulation at issue was not justified.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **considered:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **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. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Sparrow*, [1990] 1

miers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées.

Sous réserve des limites justifiées par la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui, les autochtones ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêche permettrait à leurs ancêtres de combler. Sous réserve de ces conditions, les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

La disposition réglementaire en cause n'était pas justifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **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. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sparrow*,

S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *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; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

[1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *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; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

Tijani v. Secretary, Southern Nigeria, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5) [ad. SOR/85-290, s. 5].
British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), (2), 52.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 81, 82, 88.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, c. P-40.1.
Order in Council, P.C. 2539 (September 11, 1917).
Oregon Boundary Treaty, 1846, 34 B.S.P. 14.
Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Authors Cited

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto: Methuen, 1984.
Asch, Michael and Patrick Macklem. "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.
Binnie, W. I. C. "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.
Bowker, Andrea. "Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "distinct", "distinctive", "tradition".
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*. Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

Tijani c. Secretary, Southern Nigeria, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

Lois et règlements cités

Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, n° 10.
Décret C.P. 2539 (11 septembre 1917).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), (2), 52.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81, 82, 88.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).
Oregon Boundary Treaty, 1846, 34 B.S.P. 14.
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].

Doctrine citée

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto: Methuen, 1984.
Asch, Michael and Patrick Macklem. «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.
Binnie, W. I. C. «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.
Bowker, Andrea. «Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «distinct», «distinctive», «tradition».
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*. Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

- Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.
- Émond, André. "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59.
- Émond, André. "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1.
- Grammond, Sébastien. "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1382.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 1 ["Hunting, Gathering and Fishing Rights"], paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.
- Lafontaine, Alain. "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.
- Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- Lysyk, Kenneth. "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.
- Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
- Macklem, Patrick. "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, "ancestral".
- Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, "integral".
- Slatery, Brian. "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.
- Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.
- Émond, André. «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59.
- Émond, André. «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1.
- Grammond, Sébastien. «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 1 [«Hunting, Gathering and Fishing Rights», paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.
- Lafontaine, Alain. «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.
- Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- Lysyk, Kenneth. «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.
- Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
- Macklem, Patrick. «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.
- McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, «ancestral».
- Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, «integral».
- Slatery, Brian. «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slattery, Brian. "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261.

Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979.

Slattery, Brian. "The Legal Basis of Aboriginal Title". In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Walters, Mark. "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, allowing an appeal from a judgment of Selbie J. (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, allowing an appeal from conviction by Scarlett Prov. Ct. J., [1991] 3 C.N.L.R. 155. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Louise Mandell and Leslie J. Pinder, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, Q.C., and *Robert Loneragan*, for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation.

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slattery, Brian. «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261.

Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1979.

Slattery, Brian. «The Legal Basis of Aboriginal Title». In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.

Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Walters, Mark. «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, qui a accueilli l'appel contre le jugement du juge Selbie (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, qui avait accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Louise Mandell et Leslie J. Pinder, pour l'appelante.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, c.r., et *Robert Loneragan*, pour les intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape and Robert C. Freedman, for the intervener the First Nations Summit.

Stuart Rush, Q.C., and *Michael Jackson*, for the interveners Delgamuukw et al.

Arthur C. Pape and Clayton C. Ruby, for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ This appeal, along with the companion appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, raises the issue left unresolved by this Court in its judgment in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075: How are the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to be defined?

² In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J., writing for a unanimous Court, outlined the framework for analyzing s. 35(1) claims. First, a court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an aboriginal right. Second, a court must determine whether that right has been extinguished. Third, a court must determine whether that right has been infringed. Finally, a court must determine whether the infringement is justified. In *Sparrow*, however, it was not seriously disputed that the Musqueam had an aboriginal right to fish for food, with the result that it was unnecessary for the Court to answer the question of how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined. It is this question and, in particular, the question of whether s. 35(1)

Harry A. Slade, Arthur C. Pape et Robert C. Freedman, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Stuart Rush, c.r., et *Michael Jackson*, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

Arthur C. Pape et Clayton C. Ruby, pour les intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, soulèvent la question que notre Cour n'a pas tranchée dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, qui ont rédigé la décision unanime de la Cour, ont donné les grandes lignes du cadre d'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1). Premièrement, le tribunal doit déterminer si le demandeur a prouvé qu'il avait agi en vertu d'un droit ancestral. Deuxièmement, il doit décider s'il y a eu extinction de ce droit. Troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit. Enfin, le tribunal doit décider si l'atteinte est justifiée. Dans *Sparrow*, toutefois, l'existence du droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires n'était pas sérieusement contestée, de sorte que notre Cour n'avait pas à trancher la question de savoir comment il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). C'est à cette question et, en particulier, à celle de savoir si le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit

recognizes and affirms the right of the Sto:lo to sell fish, which must now be answered by this Court.

In order to define the scope of aboriginal rights, it will be necessary first to articulate the purposes which underpin s. 35(1), specifically the reasons underlying its recognition and affirmation of the unique constitutional status of aboriginal peoples in Canada. Until it is understood why aboriginal rights exist, and are constitutionally protected, no definition of those rights is possible. As Dickson J. (as he then was) said in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, a constitutional provision must be understood "in the light of the interests it was meant to protect". This principle, articulated in relation to the rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, applies equally to the interpretation of s. 35(1).

This judgment will thus, after outlining the context and background of the appeal, articulate a test for identifying aboriginal rights which reflects the purposes underlying s. 35(1), and the interests which that constitutional provision is intended to protect.

II. Statement of Facts

The appellant Dorothy Van der Peet was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offence of selling fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. At the time at which the appellant was charged s. 27(5) read:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The charges arose out of the sale by the appellant of 10 salmon on September 11, 1987. The salmon had been caught by Steven and Charles Jimmy under the authority of an Indian food fish

des Sto:lo de vendre du poisson, que notre Cour doit maintenant répondre.

Pour définir la portée des droits ancestraux, il sera d'abord nécessaire d'énoncer les objets qui sous-tendent le par. 35(1), en particulier les raisons pour lesquelles on y reconnaît et confirme le statut constitutionnel unique des peuples autochtones au Canada. En effet, tant que l'on n'a pas saisi pourquoi les droits ancestraux existent et sont protégés par la Constitution, il est impossible de les définir. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, les textes constitutionnels doivent être interprétés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger». Ce principe, énoncé à l'égard des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'applique également à l'interprétation du par. 35(1).

En conséquence, après un bref exposé du contexte du présent pourvoi, le présent jugement fera état, en vue de l'identification des droits ancestraux, d'un critère reflétant les objets visés au par. 35(1) et les intérêts que cette disposition constitutionnelle est censée protéger.

II. Exposé des faits

L'appelante Dorothy Van der Peet a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, de l'infraction d'avoir vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. À la date où l'appelante a été inculpée, le par. 27(5) était ainsi rédigé:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

Les accusations découlaient de la vente par l'appelante de 10 saumons le 11 septembre 1987. Ces poissons avaient été pris par Steven et Charles Jimmy en vertu d'un permis de pêche de subsis-

3

4

5

6

licence. Charles Jimmy is the common law spouse of the appellant. The appellant, a member of the Sto:lo, has not contested these facts at any time, instead defending the charges against her on the basis that in selling the fish she was exercising an existing aboriginal right to sell fish. The appellant has based her defence on the position that the restrictions imposed by s. 27(5) of the Regulations infringe her existing aboriginal right to sell fish and are therefore invalid on the basis that they violate s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

tance des Indiens. Charles Jimmy est le conjoint de fait de l'appelante. Celle-ci, membre des Sto:lo, n'a jamais contesté ces faits, invoquant plutôt pour sa défense qu'en vendant ces poissons elle exerçait un droit ancestral existant de vendre du poisson. L'appelante a fondé sa défense sur la thèse que les restrictions imposées par le par. 27(5) du Règlement portent atteinte à son droit ancestral existant de vendre du poisson et qu'elles sont donc invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

III. Judgments Below

III. Les décisions des juridictions inférieures

Provincial Court, [1991] 3 C.N.L.R. 155

La Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155

7

Scarlett Prov. Ct. J. rejected the appellant's argument that she sold fish pursuant to an aboriginal right. On the basis of the evidence from members of the appellant's band, and anthropological experts, he found that, historically, the Sto:lo people clearly fished for food and ceremonial purposes, but that any trade in salmon that occurred was incidental and occasional only. He found, at p. 160, that there was no trade of salmon "in any regularized or market sense" but only "opportunistic exchanges taking place on a casual basis". He found that the Sto:lo could not preserve or store fish for extended periods of time and that the Sto:lo were a band rather than a tribal culture; he held both of these facts to be significant in suggesting that the Sto:lo did not engage in a market system of exchange. On the basis of these findings regarding the nature of the Sto:lo trade in salmon, Scarlett Prov. Ct. J. held that the Sto:lo's aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. He therefore found the accused guilty of violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a rejeté l'argument de l'appelante voulant qu'elle ait vendu du poisson en vertu d'un droit ancestral. S'appuyant sur les témoignages de membres de la bande et d'anthropologues, il a conclu que, historiquement, les Sto:lo avaient clairement pratiqué la pêche à des fins alimentaires et rituelles, mais que les échanges de saumons qui se produisaient avaient un caractère uniquement accessoire et occasionnel. Il a statué, à la p. 160, qu'il n'y avait pas de commerce du saumon [TRADUCTION] «au sens d'un commerce organisé ou d'un marché», mais seulement des «échanges découlant d'occasions fortuites». Il a conclu que les Sto:lo n'étaient pas en mesure de conserver ou d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes, et que leur culture était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Il a estimé que ces deux faits étaient importants en ce qu'ils tendaient à indiquer que les Sto:lo ne faisaient pas d'échanges dans le cadre d'un système de marché. Sur la foi de ces conclusions concernant la nature des échanges de saumon faits par les Sto:lo, le juge Scarlett a statué que le droit ancestral de ceux-ci de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris. Il a donc déclaré l'accusée coupable d'avoir contrevenu au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*.

Supreme Court of British Columbia (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

Selbie J. of the Supreme Court of British Columbia held that Scarlett Prov. Ct. J. erred when he looked at the evidence in terms of whether or not it demonstrated that the Sto:lo participated in a market system of exchange. The evidence should not have been considered in light of “contemporary tests for ‘marketing’” (at para. 15) but should rather have been viewed so as to determine whether it “is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise” (at para. 16). He held, at para. 16, that the evidence in this case was consistent with an aboriginal right to sell fish because it suggested that aboriginal societies had no stricture or prohibition against the sale of fish, with the result that “when the first Indian caught the first salmon he had the ‘right’ to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time”. Selbie J. therefore held that the Sto:lo had an aboriginal right to sell fish and that the trial judge’s verdict against the appellant was inconsistent with the evidence. He remanded for a new trial on the questions of whether this right had been extinguished, whether the regulations infringed the right and whether any infringement of the right had been justified.

The Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and restored the guilty verdict of Scarlett Prov. Ct. J. Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) held, at para. 20, that a practice will be protected as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* where the evidence establishes that it had “been exercised, at the time sovereignty was asserted, for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society”. To be protected as an aboriginal right, however, the practice cannot have become “preva-

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que le juge Scarlett de la Cour provinciale avait commis une erreur en se demandant si la preuve établissait que les Sto:lo avaient fait des échanges dans le cadre d’un système de marché. La preuve n’aurait pas dû être examinée à la lumière des [TRADUCTION] «critères contemporains de «commercialisation»» (par. 15), mais plutôt en vue de déterminer si «elle [était] davantage compatible avec l’existence d’un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d’échanger le produit de la pêche, que le contraire» (par. 16). Le juge a conclu, au par. 16, que, en l’espèce, la preuve était compatible avec l’existence d’un droit ancestral de vendre du poisson parce qu’elle tendait à indiquer que les sociétés autochtones ne faisaient l’objet d’aucune restriction ou interdiction en ce qui concerne la vente du poisson, de sorte que [TRADUCTION] «quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d’en faire ce qu’il voulait — le manger, l’échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l’eau ou le garder pour les temps plus difficiles». En conséquence, le juge Selbie a statué que les Sto:lo possédaient un droit ancestral de vendre du poisson et que la décision rendue par le juge du procès contre l’appelante était incompatible avec la preuve. Il a ordonné la tenue d’un nouveau procès sur les questions de savoir si ce droit avait été éteint, si le règlement portait atteinte à ce droit et, si oui, si la violation était justifiée.

La Cour d’appel (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli à l’appel du ministère public et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale. Le juge Macfarlane (avec l’appui du juge Taggart), a conclu, au par. 20, qu’une pratique est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droit ancestral si la preuve établit qu’elle a [TRADUCTION] «été exercée, au moment de l’affirmation de la souveraineté, pendant une période suffisamment longue pour devenir partie intégrante

lent merely as a result of European influences” (para. 21) but must rather arise from the aboriginal society itself. On the basis of this test Macfarlane J.A. held that the Sto:lo did not have an aboriginal right to sell fish. The question was not, he held at para. 30, whether the Sto:lo could support a right to dispose of surplus food fish on a casual basis but was rather whether they had a right to “sell fish allocated for food purposes on a commercial basis” which should be given constitutional priority in the allocation of the fishery resource. Given that this was the question, Macfarlane J.A. held that the assessment of the evidence by the trial judge was correct. The evidence, while indicating that surplus fish would have been disposed of or traded, did not establish that the “purpose of fishing was to engage in commerce” (para. 41). While the Sto:lo did trade salmon with the Hudson’s Bay Company prior to the British assertion of sovereignty in a manner that could be characterized as commercial, this trade was “not of the same nature and quality as the aboriginal traditions disclosed by the evidence” (para. 41) and did not, therefore, qualify for protection as an aboriginal right under s. 35(1).

de la société autochtone». Cependant, pour être protégée en tant que droit ancestral, la pratique ne doit pas s’être [TRADUCTION] «répandue du seul fait des influences européennes» (au par. 21), mais bien émaner de la société autochtone elle-même. Sur le fondement de ce critère, le juge Macfarlane a statué, au par. 30, que les Sto:lo n’avaient pas de droit ancestral de vendre du poisson. Il a conclu que la question n’était pas de savoir si les Sto:lo étaient en mesure d’établir l’existence du droit d’aliéner du poisson excédentaire à l’occasion, mais bien de savoir s’ils avaient le droit de [TRADUCTION] «vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires», droit qui doit bénéficier de la priorité garantie par la Constitution en ce qui concerne la répartition de cette ressource. Puisque c’était là la question à trancher, le juge Macfarlane a statué que le juge du procès avait bien apprécié la preuve qui — même si elle indiquait qu’on aliénait le poisson excédentaire, notamment par voie d’échanges — n’établissait pas que [TRADUCTION] «le but de la pêche était de faire le commerce du poisson» (par. 41). Bien que, avant l’affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les Sto:lo échangeaient effectivement du saumon à la Compagnie de la Baie d’Hudson contre d’autres biens, d’une manière qui pourrait être qualifiée de commerciale, ces échanges ne participaient «pas de la même nature et de la même qualité que les traditions autochtones dont l’existence avait été établie par la preuve» (par. 41), et ils ne bénéficiaient donc pas de la protection du par. 35(1) en tant que droit ancestral.

10

In his concurring judgment Wallace J.A. articulated a test for aboriginal rights similar to that of Macfarlane J.A. in so far as he too held, at para. 78, that the practices protected as aboriginal rights by s. 35(1) are those “traditional and integral to the native society pre-sovereignty”. Wallace J.A. emphasized that s. 35(1) should not be interpreted as having the purpose of enlarging the pre-1982 concept of aboriginal rights; instead it should be seen as having the purpose of protecting from legislative encroachment those aboriginal rights that existed in 1982. Section 35(1) was not enacted so as to facilitate the current objectives of the aboriginal community but was rather enacted so as to pro-

Dans son jugement concordant, le juge Wallace a énoncé, à l’égard des droits ancestraux, un critère analogue à celui du juge Macfarlane, dans la mesure où il a lui aussi statué, au par. 78, que sont protégées par le par. 35(1) en tant que droits ancestraux les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles qui faisaient partie intégrante de la société autochtone avant l’affirmation de la souveraineté». Le juge Wallace a souligné qu’il ne faut pas considérer que le par. 35(1) a pour but d’élargir la notion de droits ancestraux telle qu’elle existait avant 1982, mais plutôt qu’il vise à protéger contre les atteintes législatives les droits ancestraux qui existaient en 1982. Le paragraphe 35(1) n’a pas été

tect “traditional aboriginal practices integral to the culture and traditional way of life of the native community” (para. 78). Wallace J.A. held, at para. 104, that rights should not be “determined by reference to the economic objectives of the rights-holders”. He concluded from this analytical framework that the trial judge was correct in determining that the commercial sale of fish is different in nature and kind from the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance and ceremonial purposes, with the result that the appellant could not be said to have been exercising an aboriginal right when she sold the fish.

Lambert J.A. dissented. While he agreed that aboriginal rights are those aboriginal customs, traditions and practices which are an integral part of a distinctive aboriginal culture, he added to that proposition the proviso that to determine whether a practice is in fact integral it is necessary first to describe it correctly. In his view, the appropriate description of a right or practice is one based on the significance of the practice to the particular aboriginal culture. As such, in determining the extent to which aboriginal fishing is a protected right under s. 35(1) a court should look not to the purpose for which aboriginal people fished, but should rather look at the significance of fishing to the aboriginal society; it is the social significance of fishing which is integral to the distinctive aboriginal society and which is, therefore, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Lambert J.A. found support for this proposition in this Court’s judgment in *Sparrow, supra*, in the American case law arising out of disputes over the terms of treaties signed with aboriginal people in the Pacific northwest (see, e.g., *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), and in the general principle that the definition of aboriginal rights must take into account the perspective of aboriginal people. Lambert J.A. held that the social significance of fishing for the Sto:lo was that fishing was the means by which they provided themselves with a moderate livelihood; he therefore

édicte pour faciliter la réalisation des objectifs actuels de la collectivité autochtone, mais bien pour protéger [TRADUCTION] «les pratiques autochtones traditionnelles qui font partie intégrante du mode de vie traditionnel et de la culture de la collectivité autochtone» (par. 78). Le juge Wallace a statué, au par. 104, que les droits ne doivent pas être [TRADUCTION] «déterminés eu égard aux objectifs économiques de leurs titulaires». À partir de ce cadre d’analyse, il a conclu que le juge du procès avait à juste titre statué que la vente de poisson à des fins commerciales diffère de par sa nature du droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, de sorte qu’il était impossible d’affirmer que l’appelante exerçait un droit ancestral lorsqu’elle a vendu le poisson.

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Tout en convenant que les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions autochtones qui font partie intégrante d’une culture autochtone distinctive, il a ajouté la réserve que, pour décider si une pratique fait effectivement partie intégrante de cette culture, il faut d’abord la décrire correctement. Selon lui, pour bien décrire un droit ou une pratique il faut se fonder sur son importance pour la culture autochtone concernée. À cette fin, pour déterminer dans quelle mesure la pêche autochtone constitue un droit protégé par le par. 35(1), le tribunal doit tenir compte non pas du but dans lequel les autochtones pêchaient, mais plutôt de l’importance de la pêche pour la société autochtone. Ce n’est pas la pêche mais son importance sociale qui fait partie intégrante de la société autochtone distinctive et qui, de ce fait, est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À l’appui de cette proposition, le juge Lambert a invoqué l’arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, ainsi qu’un arrêt américain touchant un différend concernant les conditions de traités signés avec les autochtones du nord-ouest de la côte du Pacifique (voir, p. ex., *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), et le principe général que, dans la définition des droits ancestraux, il faut tenir compte du point de vue des autochtones. Le juge Lambert a conclu que l’importance de la pêche sur le plan social pour les Sto:lo était le fait que cette

held at para. 150 that the Sto:lo had an aboriginal right protected by s. 35(1)

to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood. . . . [Emphasis in original.]

Lambert J.A. rejected the position of the majority that the commercial dimension of the fishery was introduced by Europeans and therefore outside of the protection of s. 35(1). The key point, he suggested, is not that the Europeans introduced commerce, but is rather that as soon as the Europeans arrived the Sto:lo began trading with them. In doing so the Sto:lo were not breaking with their past; the trade with the Hudson's Bay Company "represented only a response to a new circumstance in the carrying out of the existing practice" (para. 180). Lambert J.A. went on to hold that the Sto:lo right to fish for a moderate livelihood had not been extinguished and that it had been infringed by s. 27(5) of the Regulations in a manner not justified by the Crown. He would thus have dismissed the appeal of the Crown and entered a verdict of acquittal.

12

Hutcheon J.A. also dissented. He did so on the basis that there is no authority for the proposition that the relevant point for identifying aboriginal rights is prior to contact with Europeans and European culture. Hutcheon J.A. held that the relevant historical time is instead 1846, the time of the assertion of British sovereignty in British Columbia. Since it is undisputed that by 1846 the Sto:lo were trading commercially in salmon, the Sto:lo can claim an aboriginal right to sell fish protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Hutcheon J.A. held further that this right had not been extinguished prior to 1982. In the result, he would have remanded for a new trial on the issues of infringement and justification.

activité était le moyen qui leur permettait de s'assurer une subsistance convenable. Il a par conséquent statué, au par. 150, que les Sto:lo possédaient le droit ancestral, protégé par le par. 35(1):

[TRADUCTION] *de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable . . .* [En italique dans l'original.]

Le juge Lambert a rejeté la position de la majorité que la dimension commerciale de la pêche a été introduite par les Européens et qu'elle ne bénéficie donc pas de la protection du par. 35(1). Le point essentiel, a-t-il affirmé, n'est pas que les Européens aient introduit le commerce, mais bien que, dès l'arrivée de ceux-ci, les Sto:lo ont commencé à faire du commerce avec eux. Ce faisant, ils ne rompaient pas avec leur passé. Le commerce avec la Compagnie de la Baie d'Hudson [TRADUCTION] «n'était qu'une réaction à une nouvelle circonstance dans l'exercice de la pratique existante» (par. 180). Le juge Lambert a ajouté que le droit des Sto:lo de pêcher pour s'assurer une subsistance convenable n'avait pas été éteint, et qu'il avait été violé par le par. 27(5) du Règlement, d'une manière qui n'a pas été justifiée par le ministère public. Il aurait donc rejeté l'appel de ce dernier et inscrit un acquittement.

Le juge Hutcheon a lui aussi exprimé sa dissidence. Il l'a fait sur le fondement que rien n'appuie la thèse que le moment pertinent pour l'identification des droits ancestraux est la période antérieure aux contacts avec les Européens et leur culture. Il a jugé que le moment historique pertinent est plutôt 1846, date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique. Comme il n'est pas contesté qu'en 1846 les Sto:lo faisaient le commerce du saumon, ils peuvent revendiquer un droit ancestral de vendre du poisson protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Hutcheon a en outre conclu que ce droit n'avait pas été éteint avant 1982. En conséquence, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de l'atteinte à ce droit et de la justification.

IV. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994. The following constitutional question was stated:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in defining the aboriginal rights protected by s. 35(1) as those practices integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples. The appellant argued that the Court of Appeal erred in holding that aboriginal rights are recognized for the purpose of protecting the traditional way of life of aboriginal people. The appellant also argued that the Court of Appeal erred in requiring that the Sto:lo satisfy a long-time use test, in requiring that they demonstrate an absence of European influence and in failing to adopt the perspective of aboriginal peoples themselves.

The First Nations Summit intervened in support of the appellant as did Delgamuukw et al. and Pamajewon et al. The Fisheries Council of British Columbia, the Attorney General of Quebec, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation intervened in support of the respondent Crown.

V. Analysis

Introduction

I now turn to the question which, as I have already suggested, lies at the heart of this appeal: How should the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* be defined?

In her factum the appellant argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined the rights in s. 35(1) in a fashion which

IV. Moyens d'appel

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994. La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

L'appelante a interjeté appel pour le motif que la Cour d'appel aurait fait erreur en définissant les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) comme étant les pratiques qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones. Elle a prétendu que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que les droits ancestraux sont reconnus dans le but de protéger le mode de vie traditionnel des autochtones. Elle a de plus affirmé que la Cour d'appel avait fait erreur en exigeant que les Sto:lo satisfassent à un critère exigeant la preuve d'une longue période d'utilisation, en exigeant qu'ils démontrent l'absence d'influence européenne et en ne retenant pas le point de vue des autochtones eux-mêmes.

Le First Nations Summit, Delgamuukw et autres ainsi que Pamajewon et autres sont intervenus pour appuyer l'appelante. Le Fisheries Council of British Columbia, le procureur général du Québec, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation sont intervenus au soutien de l'intimée Sa Majesté la Reine.

V. Analyse

Introduction

J'aborde maintenant la question qui, comme je l'ai déjà indiqué, est au cœur du présent pourvoi: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans son mémoire, l'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité avait commis une erreur en définissant les droits visés au par. 35(1) d'une

13

14

15

16

“converted a Right into a Relic”; such an approach, the appellant argued, is inconsistent with the fact that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are rights and not simply aboriginal practices. The appellant acknowledged that aboriginal rights are based in aboriginal societies and cultures, but argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined aboriginal rights through the identification of pre-contact activities instead of as pre-existing legal rights.

17 While the appellant is correct to suggest that the mere existence of an activity in a particular aboriginal community prior to contact with Europeans is not, in itself, sufficient foundation for the definition of aboriginal rights, the position she would have this Court adopt takes s. 35(1) too far from that which the provision is intended to protect. Section 35(1), it is true, recognizes and affirms existing aboriginal rights, but it must not be forgotten that the rights it recognizes and affirms are aboriginal.

18 In the liberal enlightenment view, reflected in the American Bill of Rights and, more indirectly, in the *Charter*, rights are held by all people in society because each person is entitled to dignity and respect. Rights are general and universal; they are the way in which the “inherent dignity” of each individual in society is respected: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 336.

19 Aboriginal rights cannot, however, be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they are rights held only by aboriginal members of Canadian society. They arise from the fact that aboriginal people are aboriginal. As academic commentators have noted, aboriginal rights “inhere in the very meaning of aboriginality”, Michael Asch and Patrick Macklem, “Aboriginal Rights and Cana-

manière qui [TRADUCTION] «a transformé un droit en une relique». Une telle façon de voir, d'affirmer l'appelante, est inconciliable avec le fait que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont des droits et non simplement des pratiques autochtones. L'appelante a reconnu que les droits ancestraux tirent leur origine des sociétés et cultures autochtones, mais elle a soutenu que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur parce qu'elle a défini les droits ancestraux en s'attachant à identifier des activités antérieures au contact avec les Européens plutôt que des droits légaux préexistants.

Même si l'appelante a raison de dire que la simple existence d'une activité dans une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens n'est pas, en soi, un fondement suffisant pour définir des droits ancestraux, la thèse qu'elle voudrait que notre Cour adopte éloigne trop la protection du par. 35(1) de ce qu'elle est censée protéger. Il est vrai que le par. 35(1) reconnaît et confirme les droits ancestraux existants, mais il ne faut pas oublier que les droits qu'il reconnaît et confirme sont des droits autochtones.

Selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement, la *Charte*, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont la «dignité inhérente» à chaque individu dans la société est respectée: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 336.

Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones. Comme l'ont souligné des commentateurs universitaires, les droits ancestraux [TRADUCTION] «participent de l'essence

dian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, at p. 502; they are the rights held by "Indians *qua* Indians", Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 776.

The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are rights but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are aboriginal. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights.

The way to accomplish this task is, as was noted at the outset, through a purposive approach to s. 35(1). It is through identifying the interests that s. 35(1) was intended to protect that the dual nature of aboriginal rights will be comprehended. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. explained the rationale for a purposive approach to constitutional documents. Courts should take a purposive approach to the Constitution because constitutions are, by their very nature, documents aimed at a country's future as well as its present; the Constitution must be interpreted in a manner which renders it "capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers": *Hunter, supra*, at p. 155. A purposive approach to s. 35(1), because ensuring that the provision is not viewed as static and only relevant to current circumstances, will ensure that the recognition and affirmation it offers are consistent with the fact that what it is recognizing and affirming are "rights". Further, because it requires the court to analyze a given constitutional provision "in the light of the interests it was meant to protect"

même de l'«autochtonité», Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, à la p. 502; il s'agit de droits détenus par [TRADUCTION] «les Indiens en tant qu'Indiens», Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 776.

Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect «ancestral» et l'aspect «droit» dans l'expression «droits ancestraux».

Comme il a été indiqué au début, la façon d'accomplir cette tâche est d'appliquer au par. 35(1) une analyse fondée sur l'objet. C'est par la détermination des intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'il est possible d'appréhender la dualité des droits ancestraux. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson a expliqué la raison d'être de l'analyse fondée sur l'objet des textes constitutionnels. Ainsi, les tribunaux doivent donner à la Constitution une interprétation fondée sur l'objet parce que les constitutions sont, de par leur nature même, des documents conçus autant en fonction de l'avenir que du présent. La Constitution doit être interprétée de telle sorte qu'elle soit «susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées», *Hunter*, précité, à la p. 155. Parce qu'une telle approche assure que la disposition n'est pas considérée comme statique, et pertinente seulement par rapport aux circonstances présentes, l'application au par. 35(1) d'une analyse fondée sur l'objet garantit que la reconnaissance et la confirmation prévues par celui-ci sont compa-

20

21

(*Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344), a purposive approach to s. 35(1) will ensure that that which is found to fall within the provision is related to the provision's intended focus: aboriginal people and their rights in relation to Canadian society as a whole.

- 22 In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held at p. 1106 that it was through a purposive analysis that s. 35(1) must be understood:

The approach to be taken with respect to interpreting the meaning of s. 35(1) is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself. [Emphasis added.]

In that case, however, the Court did not have the opportunity to articulate the purposes behind s. 35(1) as they relate to the scope of the rights the provision is intended to protect. Such analysis is now required to be undertaken.

General Principles Applicable to Legal Disputes Between Aboriginal Peoples and the Crown

- 23 Before turning to a purposive analysis of s. 35(1), however, it should be noted that such analysis must take place in light of the general principles which apply to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. In *Sparrow*, *supra*, this Court held at p. 1106 that s. 35(1) should be given a generous and liberal interpretation in favour of aboriginal peoples:

When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. [Emphasis added].

- 24 This interpretive principle, articulated first in the context of treaty rights — *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 402; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1066 — arises from the

tibles avec le fait que ce qui est reconnu et confirmé ce sont des «droits». De plus, parce qu'elle oblige le tribunal à analyser des textes constitutionnels donnés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger» (*Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344), cette analyse du par. 35(1) fait en sorte que ce qui est jugé comme relevant de cette disposition se rapporte à son objet: les peuples autochtones et leurs droits par rapport à la société canadienne dans son ensemble.

Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont statué, à la p. 1106, qu'il faut interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise:

La méthode qu'il convient d'adopter pour interpréter le par. 35(1) est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même. [Je souligne.]

Toutefois, dans cette affaire-là, notre Cour n'a pas eu l'occasion de dégager les objets sous-jacents au par. 35(1) eu égard à la portée des droits qu'il vise à protéger. Il faut faire cette analyse dans le présent cas.

Principes généraux applicables aux litiges entre les peuples autochtones et l'État

Toutefois, avant d'analyser le par. 35(1) en fonction de son objet, il convient de signaler qu'une telle analyse doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour a statué, à la p. 1106, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse et libérale en faveur des autochtones:

Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. [Je souligne.]

Ce principe d'interprétation, qui a d'abord été énoncé dans le contexte des droits issus de traités — *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la

nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples. The Crown has a fiduciary obligation to aboriginal peoples with the result that in dealings between the government and aboriginals the honour of the Crown is at stake. Because of this fiduciary relationship, and its implication of the honour of the Crown, treaties, s. 35(1), and other statutory and constitutional provisions protecting the interests of aboriginal peoples, must be given a generous and liberal interpretation: *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, at p. 279. This general principle must inform the Court's analysis of the purposes underlying s. 35(1), and of that provision's definition and scope.

The fiduciary relationship of the Crown and aboriginal peoples also means that where there is any doubt or ambiguity with regards to what falls within the scope and definition of s. 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of aboriginal peoples. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 464, Dickson J. held that paragraph 13 of the Memorandum of Agreement between Manitoba and Canada, a constitutional document, "should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph". This interpretive principle applies equally to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and should, again, inform the Court's purposive analysis of that provision.

Purposive Analysis of Section 35(1)

I now turn to a purposive analysis of s. 35(1).

When the court identifies a constitutional provision's purposes, or the interests the provision is intended to protect, what it is doing in essence is explaining the rationale of the provision; it is articulating the reasons underlying the protection that the provision gives. With regards to s. 35(1), then, what the court must do is explain the rationale and foundation of the recognition and affirmation of the special rights of aboriginal peoples; it must identify the basis for the special status that aboriginal peoples have within Canadian society as a whole.

p. 1066 — découle de la nature des rapports entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. En raison de cette obligation de fiduciaire et de l'incidence de cette obligation sur l'honneur de l'État, les traités, le par. 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les droits des peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale: *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 279. Ce principe général doit guider la Cour dans l'analyse des objets qui sous-tendent le par. 35(1), ainsi que dans l'analyse de la définition et de la portée de cette disposition.

L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 464, le juge Dickson a affirmé, relativement à la clause 13 de la Convention entre le Manitoba et le Canada, un document constitutionnel, qu'il «faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis». Ce principe d'interprétation s'applique également au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, je le répète, il devrait guider la Cour dans son analyse de l'objet de cette disposition.

Analyse de l'objet du par. 35(1)

Je vais maintenant analyser l'objet du par. 35(1).

Quand le tribunal dégage les objets visés par une disposition constitutionnelle ou les intérêts que celle-ci est censée protéger, ce qu'il fait c'est essentiellement expliquer la raison d'être de cette disposition et énoncer les raisons sous-jacentes de la protection qu'elle offre. En ce qui concerne le par. 35(1), le tribunal doit donc expliquer la raison d'être et le fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits spéciaux des peuples autochtones, et identifier le fondement du statut particulier des peuples autochtones au sein de l'ensemble de la société canadienne.

25

26

27

28

In identifying the basis for the recognition and affirmation of aboriginal rights it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. At common law aboriginal rights did not, of course, have constitutional status, with the result that Parliament could, at any time, extinguish or regulate those rights: *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 112; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; it is this which distinguishes the aboriginal rights recognized and affirmed in s. 35(1) from the aboriginal rights protected by the common law. Subsequent to s. 35(1) aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out by this Court in *Sparrow, supra*.

29

The fact that aboriginal rights pre-date the enactment of s. 35(1) could lead to the suggestion that the purposive analysis of s. 35(1) should be limited to an analysis of why a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status. This suggestion must be resisted. The pre-existence of aboriginal rights is relevant to the analysis of s. 35(1) because it indicates that aboriginal rights have a stature and existence prior to the constitutionalization of those rights and sheds light on the reasons for protecting those rights; however, the interests protected by s. 35(1) must be identified through an explanation of the basis for the legal doctrine of aboriginal rights, not through an explanation of why that legal doctrine now has constitutional status.

30

In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peo-

Dans la détermination du fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux, il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Évidemment, comme les droits ancestraux n'avaient pas, en common law, de statut constitutionnel, le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 112; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; c'est ce qui distingue les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de ceux protégés par la common law. À la suite de l'adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu'en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow*, précité.

Le fait que les droits ancestraux sont antérieurs à l'édition du par. 35(1) pourrait amener à conclure qu'il faudrait limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel. Il faut s'abstenir de tirer pareille conclusion. La préexistence des droits ancestraux est un élément pertinent pour l'analyse du par. 35(1), parce qu'elle indique que l'importance et l'existence de ces droits sont antérieures à la constitutionnalisation de ceux-ci et qu'elle éclaire sur les raisons justifiant la protection qui leur est accordée. Toutefois, il faut identifier les intérêts protégés par le par. 35(1) en expliquant le fondement de la doctrine juridique des droits ancestraux, et non les raisons pour lesquelles cette doctrine a aujourd'hui un statut constitutionnel.

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-

ples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

That the purpose of s. 35(1) lies in its recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples is suggested by the French version of the text. For the English “existing aboriginal and treaty rights” the French text reads “[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités”. The term “ancestral”, which *Le Petit Robert 1* (1990) dictionary defines as “[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu’on tient des ancêtres”, suggests that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be temporally rooted in the historical presence — the ancestry — of aboriginal peoples in North America.

This approach to s. 35(1) is also supported by the prior jurisprudence of this Court. In *Calder, supra*, the Court refused an application by the Nishga for a declaration that their aboriginal title had not been extinguished. There was no majority in the Court as to the basis for this decision; however, in the judgments of both Judson J. and Hall J. (each speaking for himself and two others) the existence of aboriginal title was recognized. Hall J. based the Nishga’s aboriginal title in the fact that the land to which they were claiming title had “been in their possession from time immemorial” (*Calder, supra*, at p. 375). Judson J. explained the origins of the Nishga’s aboriginal title as follows, at p. 328:

dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.

Plus précisément, le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté.

La conclusion que le par. 35(1) a pour objet de reconnaître l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones ressort du texte français de cette disposition. L’expression anglaise «*existing aboriginal and treaty rights*» est rendue en français par «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités». Le terme «ancestral», qui est défini ainsi dans le dictionnaire *Le Petit Robert 1* (1990): «[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu’on tient des ancêtres», tend à indiquer que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent, sur le plan temporel, tirer leur origine de la présence historique — des ancêtres — des peuples autochtones de l’Amérique du Nord.

Cette façon d’analyser le par. 35(1) trouve également appui dans des décisions antérieures de notre Cour. Dans *Calder*, précité, la Cour a refusé une demande des Nishgas qui sollicitaient une déclaration portant que leur titre aborigène n’avait pas été éteint. Aucune majorité ne s’est dégagée quant au fondement de la décision dans cet arrêt. Toutefois, dans leurs motifs respectifs, les juges Judson et Hall (chacun parlant aussi au nom de deux autres juges) ont reconnu l’existence du titre aborigène. Le juge Hall a basé le titre aborigène des Nishgas sur le fait que ceux-ci avaient «possédé[. . .] de temps immémorial» (*Calder*, précité, à la p. 375) les terres dont ils revendiquaient le titre. Le juge Judson a expliqué ainsi les origines du titre aborigène des Nishgas, à la p. 328:

31

32

33

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means and it does not help one in the solution of this problem to call it a "personal or usufructuary right". What they are asserting in this action is that they had a right to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished. [Emphasis added.]

The position of Judson and Hall JJ. on the basis for aboriginal title is applicable to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Aboriginal title is the aspect of aboriginal rights related specifically to aboriginal claims to land; it is the way in which the common law recognizes aboriginal land rights. As such, the explanation of the basis of aboriginal title in *Calder, supra*, can be applied equally to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Both aboriginal title and aboriginal rights arise from the existence of distinctive aboriginal communities occupying "the land as their forefathers had done for centuries" (p. 328).

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant «droit personnel de la nature d'un usufruit», la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. [Je souligne.]

La position des juges Judson et Hall quant au fondement du titre aborigène est applicable aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Le titre aborigène est l'aspect des droits ancestraux qui se rapporte spécifiquement aux revendications territoriales des autochtones; c'est le moyen par lequel la common law reconnaît les droits fonciers des autochtones. Ainsi, l'explication donnée dans l'arrêt *Calder*, précité, relativement au fondement du titre aborigène peut être appliquée également aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Tant le titre aborigène que les droits ancestraux découlent de l'existence de collectivités autochtones distinctives, occupant «les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles» (p. 328).

34 The basis of aboriginal title articulated in *Calder, supra*, was affirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. The decision in *Guerin* turned on the question of the nature and extent of the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples; because, however, Dickson J. based that fiduciary relationship, at p. 376, in the "concept of aboriginal, native or Indian title", he had occasion to consider the question of the existence of aboriginal title. In holding that such title existed, he relied, at p. 376, on *Calder, supra*, for the proposition that "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". [Emphasis added.]

Le fondement du titre aborigène énoncé dans *Calder*, précité, a été confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Cet arrêt concernait la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones. Cependant, comme il a fondé ce rapport de fiduciaire, à la p. 376, sur le «concept du titre aborigène, autochtone ou indien», le juge Dickson a eu l'occasion d'étudier la question de l'existence du titre aborigène. Pour conclure à l'existence d'un tel titre, il a invoqué, à la p. 376, l'arrêt *Calder*, précité, dans lequel «le titre aborigène [a été reconnu] comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». [Je souligne.]

35 The view of aboriginal rights as based in the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies, finds support in the early American decisions of Marshall C.J. Although the

Le point de vue selon lequel les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives trouve appui dans de vieilles décisions

constitutional structure of the United States is different from that of Canada, and its aboriginal law has developed in unique directions, I agree with Professor Slattery both when he describes the Marshall decisions as providing “structure and coherence to an untidy and diffuse body of customary law based on official practice” and when he asserts that these decisions are “as relevant to Canada as they are to the United States” — “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 739. I would add to Professor Slattery’s comments only the observation that the fact that aboriginal law in the United States is significantly different from Canadian aboriginal law means that the relevance of these cases arises from their articulation of general principles, rather than their specific legal holdings.

In *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), the first of the Marshall decisions on aboriginal title, the Supreme Court held that Indian land could only be alienated by the U.S. government, not by the Indians themselves. In the course of his decision (written for the court), Marshall C.J. outlined the history of the exploration of North America by the countries of Europe and the relationship between this exploration and aboriginal title. In his view, aboriginal title is the right of aboriginal people to land arising from the intersection of their pre-existing occupation of the land with the assertion of sovereignty over that land by various European nations. The substance and nature of aboriginal rights to land are determined by this intersection (at pp 572-74):

On the discovery of this immense continent, the great nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all; and the character and religion of its inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendancy. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the

américaines rendues par le juge en chef Marshall. Bien que l’organisation constitutionnelle des États-Unis soit différente de celle du Canada et que le droit américain relatif aux autochtones ait évolué d’une manière propre, je suis d’accord avec le professeur Slattery quand il dit des décisions du juge Marshall qu’elles donnent [TRADUCTION] «une structure et une cohésion à un ensemble désorganisé et diffus de règles de droit coutumier basées sur les pratiques officielles», et quand il affirme que ces décisions sont «aussi pertinentes au Canada qu’aux États-Unis» — «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 739. J’ajouterais simplement aux observations du professeur Slattery que, en raison des différences importantes qui existent entre le droit américain relatif aux autochtones et le droit canadien sur la question, l’intérêt de ces arrêts tient davantage aux principes généraux qui y sont énoncés qu’aux décisions spécifiques qui y sont prononcées.

Dans *Johnson c. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), première des décisions du juge Marshall sur le titre aborigène, la Cour suprême a statué que les terres des Indiens ne pouvaient être aliénées que par le gouvernement des États-Unis et non par les Indiens eux-mêmes. Dans sa décision (rédigée pour la cour), le juge en chef Marshall a fait l’historique de l’exploration de l’Amérique du Nord par les pays européens et établi le lien entre cette exploration et le titre aborigène. À son avis, le titre aborigène est le droit que possèdent les peuples autochtones sur le territoire et qui découle de l’intersection de leur occupation préexistante de ce territoire et de l’affirmation par les diverses nations européennes de leur souveraineté sur celui-ci. L’essence et la nature des droits fonciers ancestraux sont déterminées par cette intersection (aux pp. 572 à 574):

[TRADUCTION] Lorsqu’elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations européennes tenaient chacune à s’en approprier la plus grande partie possible. Dans ces vastes étendues, tous avaient amplement l’occasion de manifester leur ambition et leur esprit d’initiative; les caractères distinctifs et la religion des habitants du continent fournissaient une justification permettant de les considérer comme un peuple sur lequel le génie supérieur européen pouvait prétendre exercer un ascendant. Les potentats du vieux monde

new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence. But, as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements, and consequent war with each other, to establish a principle, which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted, should be regulated as between themselves. This principle was, that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession.

The exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle, that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different nations of Europe respected the right of the natives, as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves; and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil, while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all, to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy. [Emphasis added.]

n'ont éprouvé aucune difficulté à se convaincre qu'ils compensaient amplement les habitants du nouveau continent en leur apportant la civilisation et le christianisme en échange de l'indépendance absolue. Mais, comme ces potentats étaient tous à la recherche du même objectif ou à peu près, il était nécessaire, en vue d'éviter les conflits de colonisation et les guerres qui s'ensuivraient, d'établir un principe que tous reconnaîtraient comme constituant le droit en vertu duquel le droit d'acquisition, qu'ils revendiquaient tous, devrait être régi entre eux. Ce principe était que la découverte conférait le titre au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce titre qui était opposable à tous les autres gouvernements européens pouvait être rendu parfait par la possession.

L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'y établir des colonies. Il s'agissait là d'un droit qu'aucun Européen ne pouvait entraver. C'est un droit que chacun faisait valoir pour lui-même, tout en le respectant quand il était affirmé par d'autres.

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.

Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Les différentes nations européennes respectaient le droit d'occupation des aborigènes, qu'ils pouvaient exercer à leur gré, mais elles revendiquaient la propriété suprême; elles revendiquaient et exerçaient, par suite de ce droit suprême, un pouvoir d'octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des aborigènes. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien. [Je souligne.]

It is, similarly, the reconciliation of pre-existing aboriginal claims to the territory that now constitutes Canada, with the assertion of British sovereignty over that territory, to which the recognition and affirmation of aboriginal rights in s. 35(1) is directed.

In *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) the U.S. Supreme Court invalidated the conviction under a Georgia statute of a non-Cherokee man for the offence of living on the territory of the Cherokee Nation. The court held that the law under which he was convicted was *ultra vires* the State of Georgia. In so doing the court considered the nature and basis of the Cherokee claims to the land and to governance over that land. Again, it based its judgment on its analysis of the origins of those claims which, it held, lay in the relationship between the pre-existing rights of the "ancient possessors" of North America and the assertion of sovereignty by European nations (at pp. 542-43 and 559):

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws. It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied; or that the discovery of either by the other should give the discoverer rights in the country discovered, which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.

After lying concealed for a series of ages, the enterprise of Europe, guided by nautical science, conducted some of her adventurous sons into this western world. They found it in possession of a people who had made small progress in agriculture or manufactures, and whose general employment was war, hunting, and fishing.

Did these adventurers, by sailing along the coast, and occasionally landing on it, acquire for the several governments to whom they belonged, or by whom they were commissioned, a rightful property in the soil, from

De la même façon, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux au par. 35(1) visent à concilier les droits préexistants des autochtones sur le territoire formant aujourd'hui le Canada avec l'affirmation de la souveraineté Britannique sur ce territoire.

Dans l'arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), la Cour suprême des États-Unis a invalidé la déclaration de culpabilité qui avait été prononcée en vertu d'une loi de l'État de la Géorgie contre un non-Cherokee, parce qu'il avait habité sur le territoire de la nation Cherokee. La cour a conclu que la loi en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable outrepassait les pouvoirs de l'État de la Géorgie. Pour arriver à cette conclusion, elle a examiné la nature et le fondement des revendications des Cherokees quant à la propriété du territoire et à sa régie. Encore une fois, la cour a fondé son jugement sur son analyse des origines de ces revendications qui, selon elle, découlent du rapport entre les droits préexistants des «anciens possesseurs» de l'Amérique du Nord et l'affirmation de la souveraineté par les nations européennes (aux pp. 542, 543 et 559):

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois. Il est difficile de comprendre que les habitants d'une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l'autre ou sur les terres qu'ils occupaient; ou que celui qui découvrait des terres acquerrait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient antérieurement eu la possession.

Après être demeurée chez elle durant des siècles, l'Europe, guidée par la science nautique, a mené, grâce à son esprit d'entreprise, certains de ses fils aventureux au nouveau monde. Ils ont trouvé celui-ci en la possession d'un peuple qui avait fait peu de progrès dans le domaine agricole ou industriel et qui passait le gros de leur temps à chasser, pêcher et guerroyer.

En naviguant le long de la côte et en mettant à l'occasion pied à terre, ces aventuriers ont-ils acquis, pour le compte des divers gouvernements auxquels ils appartenaient ou qui leur avaient donné une commission, la

the Atlantic to the Pacific; or rightful dominion over the numerous people who occupied it? Or has nature, or the great Creator of all things, conferred these rights over hunters and fishermen, on agriculturists and manufacturers?

But power, war, conquest, give rights, which, after possession, are conceded by the world; and which can never be controverted by those on whom they descend. We proceed, then, to the actual state of things, having glanced at their origin; because holding it in our recollection might shed some light on existing pretensions.

The Indian nations had always been considered as distinct, independent political communities, retaining their original natural rights, as the undisputed possessors of the soil, from time immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power, which excluded them from intercourse with any other European potentate than the first discoverer of the coast of the particular region claimed. [Emphasis added.]

Marshall C.J.'s essential insight that the claims of the Cherokee must be analyzed in light of their pre-existing occupation and use of the land — their “undisputed” possession of the soil “from time immemorial” — is as relevant for the identification of the interests s. 35(1) was intended to protect as it was for the adjudication of Worcester's claim.

38

The High Court of Australia has also considered the question of the basis and nature of aboriginal rights. Like that of the United States, Australia's aboriginal law differs in significant respects from that of Canada. In particular, in Australia the courts have not as yet determined whether aboriginal fishing rights exist, although such rights are recognized by statute: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260 and 5-2265. Despite these relevant differences, the analysis of the basis of aboriginal title in the landmark decision of the High Court in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, is persuasive in the Canadian context.

propriété légitime des terres situées entre l'Atlantique et le Pacifique; ou ont-ils légitimement soumis les nombreux peuples qui occupaient celles-ci à leur autorité? Ou encore, la nature ou le grand créateur de toutes choses ont-ils conféré aux agriculteurs et industriels ces droits sur des chasseurs ou pêcheurs?

Mais la puissance, la guerre, la conquête, confèrent des droits qui, après la possession, sont reconnus par tous et qui ne peuvent jamais être contestés par ceux sur lesquels ils s'exercent. Nous passons à l'état actuel des choses après avoir jeté un coup d'œil sur leurs origines, le rappel de ces origines pouvant éclairer les prétentions actuelles.

Les nations indiennes avaient toujours été considérées comme des communautés politiques distinctes, indépendantes, conservant leurs droits naturels initiaux, parce qu'ils avaient la possession incontestée du sol, de temps immémorial, sous réserve seulement des droits imposés par la puissance irrésistible, qui leur interdisait tout rapport avec quelque potentat européen autre que le premier découvreur de la côte de la région particulière revendiquée. [Je souligne.]

L'idée essentielle du juge en chef Marshall que les revendications des Cherokees doivent être analysées en fonction de leur occupation et utilisation préexistantes du territoire — leur possession «incontestée» du territoire, «de temps immémorial» — est aussi pertinente pour identifier les intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'elle l'était pour statuer sur les prétentions de Worcester.

La Haute Cour d'Australie a elle aussi étudié la question du fondement et de la nature des droits ancestraux. Comme aux États-Unis, le droit relatif aux autochtones en Australie diffère sous des aspects importants du droit canadien. En particulier, les tribunaux australiens ne se sont pas encore prononcés sur l'existence de droits de pêche ancestraux, quoique ces droits soient reconnus par la loi: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, par. 5-2250, 5-2255, 5-2260 et 5-2265. Malgré ces différences importantes, l'analyse du fondement du titre aborigène qui est faite dans l'arrêt de principe de la Haute Cour *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, est convaincante dans le contexte canadien.

The *Mabo* judgment resolved the dispute between the Meriam people and the Crown regarding who had title to the Murray Islands. The islands had been annexed to Queensland in 1879 but were reserved for the native inhabitants (the Meriam) in 1882. The Crown argued that this annexation was sufficient to vest absolute ownership of the lands in the Crown. The High Court disagreed, holding that while the annexation did vest radical title in the Crown, it was insufficient to eliminate a claim for native title; the court held at pp. 50-51 that native title can exist as a burden on the radical title of the Crown: "there is no reason why land within the Crown's territory should not continue to be subject to native title. It is only the fallacy of equating sovereignty and beneficial ownership of land that gives rise to the notion that native title is extinguished by the acquisition of sovereignty".

From this premise, Brennan J., writing for a majority of the Court, went on at p. 58 to consider the nature and basis of aboriginal title:

Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs. The ascertainment may present a problem of considerable difficulty, as Moynihan J. perceived in the present case. It is a problem that did not arise in the case of a settled colony so long as the fictions were maintained that customary rights could not be reconciled "with the institutions or the legal ideas of civilized society", *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., at p. 233, that there was no law before the arrival of the British colonists in a settled colony and that there was no sovereign law-maker in the territory of a settled colony before sovereignty was acquired by the Crown. These fictions denied the possibility of a native title recognized by our laws. But once it is acknowledged that an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was "desert uninhabited" in fact, it is necessary to ascertain by evidence the nature and incidents of native title. [Emphasis added.]

L'arrêt *Mabo* a réglé le différend entre les Meriams et Sa Majesté concernant le titre sur les îles Murray. Ces îles avaient été annexées au Queensland en 1879, mais réservées aux aborigènes (les Meriams) en 1882. Sa Majesté a soutenu que cette annexion suffisait pour lui conférer la propriété absolue des terres. La Haute Cour a exprimé son désaccord, statuant que même si l'annexion avait effectivement conféré un titre absolu à Sa Majesté elle était insuffisante pour écarter la revendication d'un titre aborigène. La cour a conclu, aux pp. 50 et 51, que le titre aborigène peut exister à titre de charge grevant le titre absolu de Sa Majesté: [TRADUCTION] «il n'y a aucune raison pour que des terres comprises dans le territoire de Sa Majesté ne continuent pas d'être assujetties au titre aborigène. La notion que le titre aborigène est éteint par l'acquisition de la souveraineté procède du raisonnement faux qui assimile souveraineté et propriété bénéficiaire des terres».

À partir de cette prémisse, le juge Brennan, qui a rédigé les motifs de la majorité, a poursuivi, à la p. 58, en analysant la nature et le fondement du titre aborigène:

[TRADUCTION] Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire. La nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard à ces coutumes et à ces lois. Cette tâche peut présenter des difficultés considérables, comme l'a fait remarquer le juge Moynihan dans le présent cas. C'est un problème qui ne s'est pas posé dans le cas d'une colonie tant qu'ont été maintenues les fictions selon lesquelles les droits fondés sur la coutume ne pouvaient pas être conciliés «avec les institutions ou les conceptions juridiques des sociétés civilisées», *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., à la p. 233, qu'il n'existait aucune loi avant l'arrivée des colons britanniques et qu'il n'y avait aucun législateur souverain dans le territoire d'une colonie avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté. Ces fictions ont empêché la reconnaissance d'un titre aborigène dans nos lois. Mais dès l'instant où il est reconnu qu'un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert», il est nécessaire de déterminer, selon la preuve, la nature et les attributs du titre aborigène. [Je souligne.]

This position is the same as that being adopted here. “Traditional laws” and “traditional customs” are those things passed down, and arising, from the pre-existing culture and customs of aboriginal peoples. The very meaning of the word “tradition” — that which is “handed down [from ancestors] to posterity”, *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), — implies these origins for the customs and laws that the Australian High Court in *Mabo* is asserting to be relevant for the determination of the existence of aboriginal title. To base aboriginal title in traditional laws and customs, as was done in *Mabo*, is, therefore, to base that title in the pre-existing societies of aboriginal peoples. This is the same basis as that asserted here for aboriginal rights.

Cette position est identique à celle qui est adoptée dans le présent pourvoi. Les «coutumes traditionnelles» et les «lois traditionnelles» sont ces choses qui sont transmises de génération en génération et qui émanent de la culture et des coutumes préexistantes des peuples autochtones. Le sens même du mot «tradition» — ce qui est [TRADUCTION] «transmis [par les ancêtres] à leurs descendants», *The Concise Oxford Dictionary* (9^e éd. 1995) — suppose, dans le cas des coutumes et des lois, les origines que la Haute Cour d’Australie dans *Mabo* déclarent pertinentes pour la détermination de l’existence du titre aborigène. Baser le titre aborigène sur les lois et les coutumes traditionnelles, comme l’a fait la cour dans l’arrêt *Mabo*, revient donc à fonder ce titre dans les sociétés préexistantes des peuples autochtones. Il s’agit du même fondement que celui qui est avancé en l’espèce pour les droits ancestraux.

41

Academic commentators have also been consistent in identifying the basis and foundation of the s. 35(1) claims of aboriginal peoples in aboriginal occupation of North America prior to the arrival of Europeans. As Professor David Elliott, at p. 25, puts it in his compilation *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2nd ed. 1994), the “prior aboriginal presence is at the heart of the concept of aboriginal rights”. Professor Macklem has, while also considering other possible justifications for the recognition of aboriginal rights, described prior occupancy as the “familiar” justification for aboriginal rights, arising from the “straightforward conception of fairness which suggests that, all other things being equal, a prior occupant of land possesses a stronger claim to that land than subsequent arrivals”: Patrick Macklem, “Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 173, at p. 180. Finally, I would note the position of Professor Pentney who has described aboriginal rights as collective rights deriving “their existence from the common law’s recognition of [the] prior social organization” of aboriginal peoples: William Pentney, “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II —

Les commentateurs universitaires ont constamment indiqué que les droits des peuples autochtones visés au par. 35(1) tiraient leur origine et leur fondement de l’occupation de l’Amérique du Nord par les autochtones avant l’arrivée des Européens. Comme le dit le professeur David Elliott, à la p. 25 de son recueil *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2^e éd. 1994) la [TRADUCTION] «présence antérieure des autochtones est au cœur du concept des droits ancestraux». Le professeur Macklem, tout en examinant aussi d’autres justifications possibles pour la reconnaissance des droits ancestraux, a décrit l’occupation antérieure comme étant la justification [TRADUCTION] «usuelle» des droits ancestraux, qui découle de la «conception simple de l’équité selon laquelle, toutes choses égales d’ailleurs, le premier occupant d’un territoire possède sur celui-ci un droit supérieur à faire valoir que ceux qui arrivent plus tard»: Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen’s L.J.* 173, à la p. 180. Finalement, je tiens à souligner la position du professeur Pentney, qui a décrit les droits ancestraux comme étant des droits collectifs tirant [TRADUCTION] «leur existence de la reconnaissance en common law de l’organisation sociale antérieure» des peuples autochtones: William Pentney,

Section 35: The Substantive Guarantee” (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, at p. 258.

I would note that the legal literature also supports the position that s. 35(1) provides the constitutional framework for reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies occupying the land with Crown sovereignty. In his comment on *Delgamuukw v. British Columbia* (“British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*” (1992), 17 *Queen’s L.J.* 350), Mark Walters suggests at pp. 412-13 that the essence of aboriginal rights is their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures:

The challenge of defining aboriginal rights stems from the fact that they are rights peculiar to the meeting of two vastly dissimilar legal cultures; consequently there will always be a question about which legal culture is to provide the vantage point from which rights are to be defined. . . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both legal perspectives. [Emphasis added.]

Similarly, Professor Slattery has suggested that the law of aboriginal rights is “neither English nor aboriginal in origin: it is a form of intersocietal law that evolved from long-standing practices linking the various communities” (Brian Slattery, “The Legal Basis of Aboriginal Title”, in Frank Cassidy, ed., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), at pp. 120-21) and that such rights concern “the status of native peoples living under the Crown’s protection, and the position of their lands, customary laws, and political institutions” (“Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 737).

The Canadian, American and Australian jurisprudence thus supports the basic proposition put forward at the beginning of this section: the aboriginal rights recognized and affirmed by

«The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 258.

Je signale également que la littérature juridique appuie aussi la thèse selon laquelle le par. 35(1) fournit le cadre constitutionnel permettant de concilier la souveraineté de Sa Majesté avec la préexistence de sociétés autochtones distinctives occupant le territoire. Dans son commentaire sur l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* («British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen’s L.J.* 350), Mark Walters émet l’avis, aux pp. 412 et 413, que l’essence des droits ancestraux est que ceux-ci établissent un rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones:

[TRADUCTION] La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [. . .] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques. [Je souligne.]

De même, le professeur Slattery a avancé que le droit relatif aux droits ancestraux n’est [TRADUCTION] «ni d’origine anglaise, ni d’origine autochtone: il s’agit d’une forme de droit intersociétal, découlant de l’évolution de pratiques de longue date liant les diverses collectivités» (Brian Slattery, «The Legal Basis of Aboriginal Title» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), aux pp. 120 et 121) et que ces droits concernent [TRADUCTION] «le statut des peuples autochtones vivant sous la protection de Sa Majesté, ainsi que la place faite à leurs terres, à leurs règles de droit coutumier et à leurs institutions politiques» («Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 737).

La jurisprudence et la doctrine canadiennes, américaines et australiennes étayaient donc la thèse fondamentale suivante, avancée au début de la présente section: la meilleure façon de décrire les

s. 35(1) are 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. The content of aboriginal rights must be directed at fulfilling both of these purposes; the next section of the judgment, as well as that which follows it, will attempt to accomplish this task.

The Test for Identifying Aboriginal Rights in Section 35(1)

44

In order to fulfil the purpose underlying s. 35(1) — i.e., the protection and reconciliation of the interests which arise from the fact that prior to the arrival of Europeans in North America aboriginal peoples lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions — the test for identifying the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed at identifying the crucial elements of those pre-existing distinctive societies. It must, in other words, aim at identifying the practices, traditions and customs central to the aboriginal societies that existed in North America prior to contact with the Europeans.

45

In *Sparrow*, *supra*, this Court did not have to address the scope of the aboriginal rights protected by s. 35(1); however, in their judgment at p. 1099 Dickson C.J. and La Forest J. identified the Musqueam right to fish for food in the fact that:

The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. Its significant role involved not only consumption for subsistence purposes, but also consumption of salmon on ceremonial and social occasions. The Musqueam have always fished for reasons connected to their cultural and physical survival. [Emphasis added.]

droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) 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. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets. Dans la prochaine partie du jugement, ainsi que dans celle qui suivra, c'est la tâche que l'on tente d'accomplir.

Le critère d'identification des droits ancestraux visés au par. 35(1)

Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) — c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions —, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens.

Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour n'a pas eu à étudier la portée des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Toutefois, dans leur jugement, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dégagé le droit des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires du fait suivant:

D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. Le rôle important qu'elle joue ne se résume pas à la consommation à des fins de subsistance, mais il comprend également la consommation de saumon dans le cadre d'activités rituelles et sociales. Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. [Je souligne.]

The suggestion of this passage is that participation in the salmon fishery is an aboriginal right because it is an “integral part” of the “distinctive culture” of the Musqueam. This suggestion is consistent with the position just adopted; identifying those practices, customs and traditions that are integral to distinctive aboriginal cultures will serve to identify the crucial elements of the distinctive aboriginal societies that occupied North America prior to the arrival of Europeans.

In light of the suggestion of *Sparrow, supra*, and the purposes underlying s. 35(1), the following test should be used to identify whether an applicant has established an aboriginal right protected by s. 35(1): 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.

I would note that this test is, in large part, consistent with that adopted by the judges of the British Columbia Court of Appeal. Although the various judges disagreed on such crucial questions as how the right should be framed, the relevant time at which the aboriginal culture should be examined and the role of European influences in limiting the scope of the right, all of the judges agreed that aboriginal rights must be identified through the practices, customs and traditions of aboriginal cultures. Macfarlane J.A. held at para. 20 that aboriginal rights exist where “the right had been exercised . . . for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society” (emphasis added); Wallace J.A. held at para. 78 that aboriginal rights are those practices “traditional and integral to the native society” (emphasis added); Lambert J.A. held at para. 131 that aboriginal rights are those “custom[s], tradition[s], or practice[s] . . . which formed an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people in question” (emphasis added). While, as will become apparent, I do not adopt entirely the position of any of the judges at the Court of Appeal, their shared position that aboriginal rights lie in those practices,

L’idée qui ressort de ce passage est que la participation à la pêche au saumon est un droit ancestral parce que cette activité fait «partie intégrante» de la «culture distinctive» des Musqueams. Cette idée est compatible avec la position qui vient d’être adoptée; le fait de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures autochtones distinctives permettra d’identifier les éléments fondamentaux des sociétés autochtones distinctives qui occupaient l’Amérique du Nord avant l’arrivée des Européens.

À la lumière de l’idée exprimée dans *Sparrow*, précité, et des objets qui sous-tendent le par. 35(1), le critère suivant devrait être appliqué pour déterminer si le demandeur a établi l’existence d’un droit ancestral protégé par le par. 35(1): 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.

Je tiens à souligner que ce critère est, dans une large mesure, conforme à celui adopté par les juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Quoique ceux-ci n’aient pas tous été d’accord sur des questions cruciales telles que la manière de formuler ce droit, la période pertinente pour l’examen de la culture autochtone et le rôle des influences européennes dans la limitation de la portée de ce droit, ils ont par ailleurs tous été d’accord pour dire que les droits ancestraux doivent être identifiés au moyen des coutumes, pratiques et traditions des cultures autochtones. Le juge Macfarlane a conclu, au par. 20, que des droits ancestraux existent lorsqu’ils [TRADUCTION] «sont exercés [. . .] depuis assez longtemps pour être devenus partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Pour sa part, le juge Wallace a statué, au par. 78, que les droits ancestraux sont les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles faisant partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Le juge Lambert a affirmé, au par. 131, que les droits ancestraux sont [TRADUCTION] «les coutume[s], pratique[s] et tradition[s . . .] qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question» (je souligne). Même si,

46

47

customs and traditions that are integral is consistent with the test I have articulated here.

Factors to be Considered in Application of the Integral to a Distinctive Culture Test

48 The test just laid out — that aboriginal rights lie in the practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples — requires further elaboration with regards to the nature of the inquiry a court faced with an aboriginal rights claim must undertake. I will now undertake such an elaboration, concentrating on such questions as the time period relevant to the court's inquiry, the correct approach to the evidence presented, the specificity necessary to the court's inquiry, the relationship between aboriginal rights and the rights of aboriginal people as Canadian citizens, and the standard that must be met in order for a practice, custom or tradition to be said to be "integral".

Courts must take into account the perspective of aboriginal peoples themselves

49 In assessing a claim for the existence of an aboriginal right, a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right. In *Sparrow, supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held, at p. 1112, that it is "crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake". It must also be recognized, however, that that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure. As has already been noted, one of the fundamental purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. Courts adjudicating aboriginal rights claims must, therefore, be sensitive to the aboriginal perspective, but they must also be aware

comme cela deviendra manifeste, je n'adopte pas entièrement la position de l'un ou l'autre des juges de la Cour d'appel, leur position commune que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture en cause est compatible avec le critère que j'ai énoncé en l'espèce.

Facteurs à prendre en considération dans l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

Il convient de préciser davantage le critère énoncé plus haut — savoir que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones — pour ce qui concerne la nature de l'examen que doit faire le tribunal saisi de la revendication de droits ancestraux. Je vais maintenant donner ces précisions, en me concentrant sur des questions telles que la période pertinente pour cet examen, la bonne façon d'apprécier la preuve présentée, le caractère spécifique de l'examen du tribunal, le rapport entre les droits ancestraux et les droits des autochtones en tant que citoyens canadiens et, enfin, la norme à laquelle une coutume, une pratique ou une tradition doit satisfaire pour être considérée comme une «partie intégrante».

Les tribunaux doivent tenir compte du point de vue des autochtones eux-mêmes

Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est «crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause». Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des

that aboriginal rights exist within the general legal system of Canada. To quote again Walters, at p. 413: “a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [aboriginal and non-aboriginal] legal perspectives”. The definition of an aboriginal right must, if it is truly to reconcile the prior occupation of Canadian territory by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty over that territory, take into account the aboriginal perspective, yet do so in terms which are cognizable to the non-aboriginal legal system.

It is possible, of course, that the Court could be said to be “reconciling” the prior occupation of Canada by aboriginal peoples with Crown sovereignty through either a narrow or broad conception of aboriginal rights; the notion of “reconciliation” does not, in the abstract, mandate a particular content for aboriginal rights. However, the only fair and just reconciliation is, as Walters suggests, one which takes into account the aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law. True reconciliation will, equally, place weight on each.

Courts must identify precisely the nature of the claim being made in determining whether an aboriginal claimant has demonstrated the existence of an aboriginal right

Related to this is the fact that in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant’s claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant’s claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support.

revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien. Pour citer de nouveau Mark Walters, à la p. 413: [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone]». Pour concilier véritablement l’occupation antérieure du territoire canadien par les peuples autochtones avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur celui-ci, un droit ancestral doit être défini d’une manière qui, tout en tenant compte du point de vue des autochtones, soit néanmoins compatible avec le système juridique non autochtone.

Évidemment, il est possible que l’on dise que la Cour «concilie» l’occupation antérieure du pays par les peuples autochtones avec la souveraineté de Sa Majesté suivant une conception soit restrictive, soit libérale des droits ancestraux; la notion de «conciliation» ne commande pas, dans l’abstrait, que l’on donne un contenu particulier aux droits ancestraux. Cela dit, toutefois, la seule façon juste et équitable de faire cette conciliation est, comme le propose Mark Walters, de tenir compte à la fois du point de vue des autochtones et de la common law. La conciliation véritable accorde, également, de l’importance à chacun de ces éléments.

Les tribunaux doivent déterminer avec précision la nature de la revendication en cause lorsqu’il décide si le requérant autochtone a établi l’existence d’un droit ancestral

Se rattache à cette question le fait que, dans l’appréciation de la revendication d’un droit ancestral, le tribunal doit d’abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d’abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l’appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir.

50

51

52

I would note here by way of illustration that, in my view, both the majority and the dissenting judges in the Court of Appeal erred with respect to this aspect of the inquiry. The majority held that the appellant's claim was that the practice of selling fish "on a commercial basis" constituted an aboriginal right and, in part, rejected her claim on the basis that the evidence did not support the existence of such a right. With respect, this characterization of the appellant's claim is in error; the appellant's claim was that the practice of selling fish was an aboriginal right, not that selling fish "on a commercial basis" was. It was however, equally incorrect to adopt, as Lambert J.A. did, a "social" test for the identification of the practice, tradition or custom constituting the aboriginal right. The social test casts the aboriginal right in terms that are too broad and in a manner which distracts the court from what should be its main focus — the nature of the aboriginal community's practices, customs or traditions themselves. The nature of an applicant's claim must be delineated in terms of the particular practice, custom or tradition under which it is claimed; the significance of the practice, custom or tradition to the aboriginal community is a factor to be considered in determining whether the practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture, but the significance of a practice, custom or tradition cannot, itself, constitute an aboriginal right.

53

To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. In this case, therefore, the Court will consider the actions which led to the appellant's being charged, the fishery regulation under which she was charged and the practices, customs and traditions she invokes in support of her claim.

Je ferai remarquer ici, à titre d'exemple, qu'à mon sens tant les juges de la majorité que les dissidents en Cour d'appel ont fait erreur sur cet aspect de l'examen. Les juges de la majorité ont conclu que l'appelante soutenait que la pratique consistant à vendre du poisson «commerciallement» constituait un droit ancestral, et ils ont en partie rejeté sa revendication pour le motif que la preuve n'appuyait pas l'existence d'un tel droit. Avec égards, cette caractérisation de la revendication de l'appelante est erronée. L'appelante prétendait que la pratique qui consiste à vendre du poisson est un droit ancestral, et non que le fait de vendre «commerciallement» du poisson est un tel droit. Toutefois, il était tout aussi inexact d'adopter, comme l'a fait le juge Lambert, un critère «social» afin d'identifier la coutume, pratique ou tradition qui constitue le droit ancestral. Le critère social a pour effet de décrire le droit ancestral dans des termes trop larges et d'une façon qui éloigne le tribunal de ce qui doit être l'aspect principal de son examen — la nature des coutumes, pratiques ou traditions mêmes de la collectivité autochtone. La nature de la revendication du demandeur doit être définie en fonction de la coutume, pratique ou tradition particulière invoquée au soutien de celle-ci. L'importance de la coutume, pratique ou tradition pour la collectivité autochtone est un facteur qui doit être pris en considération pour décider si cette coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive, mais l'importance d'une coutume, pratique ou tradition ne peut, en soi, faire de celle-ci un droit ancestral.

Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Par conséquent, dans la présente espèce, notre Cour prendra en considération les actes qui ont conduit à l'inculpation de l'appelante, le règlement de pêche en vertu duquel elle a été inculpée et les coutumes, pratiques et traditions qu'elle invoque à l'appui de sa revendication.

It should be acknowledged that a characterization of the nature of the appellant's claim from the actions which led to her being charged must be undertaken with some caution. In order to inform the court's analysis the activities must be considered at a general rather than at a specific level. Moreover, the court must bear in mind that the activities may be the exercise in a modern form of a practice, custom or tradition that existed prior to contact, and should vary its characterization of the claim accordingly.

In order to be integral a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question

To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was.

This aspect of the integral to a distinctive culture test arises from fact that aboriginal rights have their basis in the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies. To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal

Il convient de reconnaître qu'il faut faire preuve de prudence en caractérisant la revendication de l'appelante à partir des actes qui ont conduit à son inculpation. Pour se guider dans son analyse, le tribunal doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. De plus, le tribunal ne doit pas perdre de vue qu'il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée

Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était.

Cet aspect du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive découle du fait que les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure du Canada par des sociétés autochtones distinctives. Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la

54

55

56

rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1).

société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1).

57 Moreover, the aboriginal rights protected by s. 35(1) have been said to have the purpose of reconciling pre-existing aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canada. To reconcile aboriginal societies with Crown sovereignty it is necessary to identify the distinctive features of those societies; it is precisely those distinctive features which need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

Qui plus est, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) ont pour objet, a-t-on affirmé, de concilier les sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le Canada. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier les caractéristiques distinctives de ces sociétés, car ce sont précisément ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

58 As was noted earlier, Lambert J.A. erred when he used the significance of a practice, custom or tradition as a means of identifying what the practice, custom or tradition is; however, he was correct to recognize that the significance of the practice, custom or tradition is important. The significance of the practice, custom or tradition does not serve to identify the nature of a claim of acting pursuant to an aboriginal right; however, it is a key aspect of the court's inquiry into whether a practice, custom or tradition has been shown to be an integral part of the distinctive culture of an aboriginal community. The significance of the practice, custom or tradition will inform a court as to whether or not that practice, custom or tradition can be said to be truly integral to the distinctive culture in question.

Comme il a été indiqué précédemment, le juge Lambert a commis une erreur en se servant de l'importance d'une coutume, pratique ou tradition comme moyen d'identifier cette coutume, pratique ou tradition. Toutefois, il a eu raison de reconnaître que l'importance de la coutume, pratique ou tradition est un facteur clé. L'importance de la coutume, pratique ou tradition ne sert pas à identifier la nature de la prétention du demandeur qu'il a agi en vertu d'un droit ancestral. Cependant, il s'agit d'un aspect essentiel de l'examen du tribunal sur la question de savoir si la preuve établit qu'une coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone. L'importance de la coutume, pratique ou tradition guidera le tribunal dans son analyse de la question de savoir s'il est possible d'affirmer qu'elle fait vraiment partie intégrante de la culture distinctive en cause.

59 A practical way of thinking about this problem is to ask whether, without this practice, custom or tradition, the culture in question would be fundamentally altered or other than what it is. One must ask, to put the question affirmatively, whether or not a practice, custom or tradition is a defining feature of the culture in question.

Une façon pratique d'aborder ce problème est de se demander si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente. Reformulée affirmativement, cette question consiste à se demander si la coutume, pratique ou tradition est une caractéristique déterminante de la culture en cause.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens

60 The time period that a court should consider in identifying whether the right claimed meets the

La période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait

standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact between aboriginal and European societies. Because it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights.

The fact that the doctrine of aboriginal rights functions to reconcile the existence of pre-existing aboriginal societies with the sovereignty of the Crown does not alter this position. Although it is the sovereignty of the Crown that the pre-existing aboriginal societies are being reconciled with, it is to those pre-existing societies that the court must look in defining aboriginal rights. It is not the fact that aboriginal societies existed prior to Crown sovereignty that is relevant; it is the fact that they existed prior to the arrival of Europeans in North America. As such, the relevant time period is the period prior to the arrival of Europeans, not the period prior to the assertion of sovereignty by the Crown.

That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the

au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact entre les sociétés autochtones et européennes. Comme c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c'est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s'attacher dans l'identification des droits ancestraux.

Le fait que la doctrine des droits ancestraux sert à concilier la souveraineté de Sa Majesté avec l'existence de sociétés autochtones préexistantes n'y change rien. Bien que ce soit avec la souveraineté de Sa Majesté que les sociétés autochtones préexistantes sont conciliées, c'est à l'examen de ces sociétés préexistantes que doivent s'attacher les tribunaux dans la définition des droits ancestraux. Ce n'est pas le fait que des sociétés autochtones existaient avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté qui est pertinente mais le fait qu'elles existaient avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. En conséquence, la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté.

Le fait qu'il s'agisse là de la période pertinente n'emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s'acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, vouerait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuie le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques

61

62

pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights.

63

I would note in relation to this point the position adopted by Brennan J. in *Mabo, supra*, where he holds, at p. 60, that in order for an aboriginal group to succeed in its claim for aboriginal title it must demonstrate that the connection with the land in its customs and laws has continued to the present day:

... when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared. A native title which has ceased with the abandoning of laws and customs based on tradition cannot be revived for contemporary recognition.

The relevance of this observation for identifying the rights in s. 35(1) lies not in its assertion of the effect of the disappearance of a practice, custom or tradition on an aboriginal claim (I take no position on that matter), but rather in its suggestion of the importance of considering the continuity in the practices, customs and traditions of aboriginal communities in assessing claims to aboriginal rights. It is precisely those present practices, customs and traditions which can be identified as having continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact that will be the basis for the identification and definition of aboriginal rights under s. 35(1). Where an aboriginal community can demonstrate that a particular practice, custom or tradition is integral to its distinctive culture today, and that this practice, custom or tradition has continuity with the practices, customs and traditions of pre-contact times, that community will have demonstrated that the practice, custom or tradition is an aboriginal right for the purposes of s. 35(1).

64

The concept of continuity is also the primary means through which the definition and identification of aboriginal rights will be consistent with the

et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens.

Sur ce point, je tiens à souligner la position adoptée par le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, précité, où il a statué, à la p. 60, que pour avoir gain de cause le groupe autochtone qui revendique un titre aborigène doit établir que le lien rattachant ses coutumes et ses lois au territoire s'est perpétué jusqu'à nos jours:

[TRADUCTION] ... quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu. Il est impossible de faire renaître, en vue d'une reconnaissance contemporaine, un titre aborigène qui s'est éteint par suite de l'abandon des coutumes et des lois fondées sur la tradition.

La pertinence de cette observation pour l'identification des droits visés au par. 35(1) ne réside pas dans les propos concernant l'effet de la disparition d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition sur une revendication autochtone (je ne me prononce pas sur ce point), mais dans l'idée qui y est avancée relativement à l'importance de tenir compte, dans l'appréciation des revendications de droits ancestraux, de la continuité des coutumes, pratiques et traditions des collectivités autochtones. Ce sont précisément les coutumes, pratiques et traditions actuelles, à l'égard desquelles il est possible d'établir qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, qui serviront de fondement pour l'identification et la définition des droits ancestraux visés au par. 35(1). Quand une collectivité autochtone peut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition particulière fait partie intégrante de sa culture distinctive aujourd'hui et marque une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions de l'époque antérieure au contact avec les Européens, cette collectivité aura fait la preuve que cette coutume, pratique ou tradition est un droit ancestral au sens du par. 35(1).

Le concept de continuité est aussi le principal moyen d'assurer que la définition et l'identification des droits ancestraux respectent la mise en

admonition in *Sparrow*, *supra*, at p. 1093, that “the phrase ‘existing aboriginal rights’ must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time”. The concept of continuity is, in other words, the means by which a “frozen rights” approach to s. 35(1) will be avoided. Because the practices, customs and traditions protected by s. 35(1) are ones that exist today, subject only to the requirement that they be demonstrated to have continuity with the practices, customs and traditions which existed pre-contact, the definition of aboriginal rights will be one that, on its own terms, prevents those rights from being frozen in pre-contact times. The evolution of practices, customs and traditions into modern forms will not, provided that continuity with pre-contact practices, customs and traditions is demonstrated, prevent their protection as aboriginal rights.

I would note that the concept of continuity does not require aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact. It may be that for a period of time an aboriginal group, for some reason, ceased to engage in a practice, custom or tradition which existed prior to contact, but then resumed the practice, custom or tradition at a later date. Such an interruption will not preclude the establishment of an aboriginal right. Trial judges should adopt the same flexibility regarding the establishment of continuity that, as is discussed, *infra*, they are to adopt with regards to the evidence presented to establish the prior-to-contact practices, customs and traditions of the aboriginal group making the claim to an aboriginal right.

Further, I would note that basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the fact that s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* includes within the defi-

garde faite dans *Sparrow*, précité, à la p. 1093, savoir que «l’expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d’évoluer avec le temps». En d’autres mots, le concept de continuité est le moyen qui permet d’éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Comme les coutumes, pratiques et traditions que protège le par. 35(1) sont celles qui existent aujourd’hui, sous réserve seulement de l’obligation de démontrer qu’elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, il faut que la définition elle-même des droits ancestraux évite que ces droits soient figés dans l’état où ils se trouvaient avant cette époque. L’évolution des coutumes, pratiques et traditions, jusque dans leur forme actuelle, ne les empêchera pas d’être protégées en tant que droits ancestraux, pourvu qu’on démontre qu’elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions d’avant le contact avec les Européens.

Je tiens à faire remarquer que le concept de continuité n’exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d’une continuité parfaite entre leurs coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Il est possible que, pour une raison ou pour une autre, un groupe autochtone ait, pendant une certaine période, cessé de respecter une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, mais qu’il l’ait reprise ultérieurement. Une telle interruption n’empêche pas l’établissement d’un droit ancestral. Les juges qui entendent les procès devraient faire montre de la même souplesse relativement à la preuve de la continuité qu’en ce qui concerne, comme il est expliqué plus loin, la preuve présentée dans le but d’établir l’existence, avant le contact avec les Européens, des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique un droit ancestral.

Qui plus est, je tiens aussi à souligner que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n’est pas incompatible avec le fait que, aux

65

66

inition of “aboriginal peoples of Canada” the Métis people of Canada.

67

Although s. 35 includes the Métis within its definition of “aboriginal peoples of Canada”, and thus seems to link their claims to those of other aboriginal peoples under the general heading of “aboriginal rights”, the history of the Métis, and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35, are quite distinct from those of other aboriginal peoples in Canada. As such, the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined. At the time when this Court is presented with a Métis claim under s. 35 it will then, with the benefit of the arguments of counsel, a factual context and a specific Métis claim, be able to explore the question of the purposes underlying s. 35’s protection of the aboriginal rights of Métis people, and answer the question of the kinds of claims which fall within s. 35(1)’s scope when the claimants are Métis. The fact that, for other aboriginal peoples, the protection granted by s. 35 goes to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples prior to contact, is not necessarily relevant to the answer which will be given to that question. It may, or it may not, be the case that the claims of the Métis are determined on the basis of the pre-contact practices, customs and traditions of their aboriginal ancestors; whether that is so must await determination in a case in which the issue arises.

Courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims

68

In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal cul-

termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada».

Même si les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada» à l’art. 35 et que, de ce fait, leurs revendications semblent rattachées à celles des autres peuples autochtones, sous la rubrique générale «droits ancestraux», l’histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu’ils bénéficient de la protection accordée par l’art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n’est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis. Lorsque notre Cour sera saisie d’une revendication présentée par des Métis en vertu de l’art. 35, elle sera alors à même, grâce aux arguments des avocats, du contexte factuel et du fait que la revendication touche spécifiquement les Métis, d’examiner la question des objets qui sous-tendent la protection accordée par l’art. 35 aux droits ancestraux des Métis et de déterminer le genre de revendications qui relèvent du par. 35(1) dans les cas où les demandeurs sont des Métis. Le fait que, en ce qui concerne d’autres peuples autochtones, l’art. 35 protège leurs coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens n’est pas nécessairement pertinent pour ce qui est de la réponse qui sera donnée à cette question. Il est possible qu’il soit statué sur les revendications des Métis sur la base des coutumes, pratiques et traditions de leurs ancêtres autochtones avant le contact avec les Européens, mais il se peut aussi que non. Il faudra attendre une affaire où cette question se posera avant de connaître la réponse.

Dans l’application des règles de preuve, les tribunaux doivent tenir compte des difficultés inhérentes à l’examen des affaires concernant des revendications autochtones

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d’une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d’une culture

ture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case.

Claims to aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. In the case of *Kruger, supra*, this Court rejected the notion that claims to aboriginal rights could be determined on a general basis. This position is correct; the existence of an aboriginal right will depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right. As has already been suggested, aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community.

For a practice, custom or tradition to constitute an aboriginal right it must be of independent

autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple.

Les revendications de droits ancestraux doivent être tranchées de manière spécifique et non générale

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Dans *Kruger*, précité, notre Cour a rejeté l'idée que les revendications de droits ancestraux pouvaient être tranchées de manière générale. Cette position est bien fondée. L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit. Comme il a été dit plus tôt, même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone.

Pour qu'une coutume, une pratique ou une tradition constitue un droit ancestral, elle doit avoir

significance to the aboriginal culture in which it exists

70

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition but must rather be itself of integral significance to the aboriginal society. Where two customs exist, but one is merely incidental to the other, the custom which is integral to the aboriginal community in question will qualify as an aboriginal right, but the custom that is merely incidental will not. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

The integral to a distinctive culture test requires that a practice, custom or tradition be distinctive; it does not require that that practice, custom or tradition be distinct

71

The standard which a practice, custom or tradition must meet in order to be recognized as an aboriginal right is not that it be distinct to the aboriginal culture in question; the aboriginal claimants must simply demonstrate that the practice, custom or tradition is distinctive. A tradition or custom that is distinct is one that is unique — “different in kind or quality; unlike” (*Concise Oxford Dictionary, supra*). A culture with a distinct tradition must claim that in having such a tradition it is different from other cultures; a claim of distinctness is, by its very nature, a claim relative to other cultures or traditions. By contrast, a culture that claims that a practice, custom or tradition is distinctive — “distinguishing, characteristic” — makes a claim that is not relative; the claim is rather one about the culture’s own practices, customs or traditions considered apart from the prac-

une importance particulière pour la culture autochtone où elle existe

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s’assurer que la coutume, la pratique ou la tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s’agir d’une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d’une autre coutume, pratique ou tradition, mais elle doit plutôt présenter elle-même une importance fondamentale pour la société autochtone concernée. Lorsqu’il existe deux coutumes, mais que l’une d’elles est simplement un accessoire de l’autre, la coutume qui fait partie intégrante de la culture de la collectivité autochtone en cause sera considérée comme un droit ancestral, mais pas celle qui a simplement un caractère accessoire. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu’elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d’une culture.

Le critère de la partie intégrante d’une culture distinctive exige qu’une coutume, pratique ou tradition soit distinctive, non pas qu’elle soit distincte

La norme qui doit être respectée par une coutume, pratique ou tradition pour être reconnue comme un droit ancestral n’est pas qu’elle soit une coutume, pratique ou tradition distincte, propre à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est distinctive. Est une coutume, pratique ou tradition distincte une coutume, pratique ou tradition qui est unique — [TRADUCTION] «qui se distingue par sa nature ou sa qualité; différente» (*Concise Oxford Dictionary, loc. cit.*) Une culture qui possède une tradition distincte doit affirmer que, du fait de cette tradition, elle est différente des autres cultures. Une prétention à la différence appelle, de par sa nature même, une comparaison avec d’autres cultures ou traditions. Par contraste, la culture qui prétend qu’une coutume, pratique ou tradition est dis-

tices, customs or traditions of any other culture. It is a claim that this tradition or custom makes the culture what it is, not that the practice, custom or tradition is different from the practices, customs or traditions of another culture. The person or community claiming the existence of an aboriginal right protected by s. 35(1) need only show that the particular practice, custom or tradition which it is claiming to be an aboriginal right is distinctive, not that it is distinct.

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow, supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is “distinct” or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow, supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1).

The influence of European culture will only be relevant to the inquiry if it is demonstrated that the practice, custom or tradition is only integral because of that influence

The fact that Europeans in North America engaged in the same practices, customs or traditions as those under which an aboriginal right is claimed will only be relevant to the aboriginal claim if the practice, custom or tradition in question can only be said to exist because of the influence of European culture. If the practice, custom or tradition was an integral part of the aboriginal community’s culture prior to contact with Europe-

tinctive — «qui permet de distinguer, caractéristique» — ne fait pas de comparaison. Sa prétention se rapporte plutôt à ses propres coutumes, pratiques et traditions, considérées indépendamment de celles de toute autre culture. La culture en question prétend que cette coutume, pratique ou tradition fait d’elle ce qu’elle est, et non que la coutume, pratique ou tradition est différente de celles d’une autre culture. La personne ou la collectivité qui prétend à l’existence d’un droit ancestral protégé par le par. 35(1) n’a qu’à démontrer que la coutume, pratique ou tradition particulière qu’elle revendique comme un droit ancestral est distinctive, et non qu’elle est distincte.

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l’existence d’un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu’aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est «distincte» ou unique du fait qu’il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c’était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu’elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1).

L’influence de la culture européenne n’est pertinente, dans le cadre de l’examen, que s’il est démontré que la coutume, la pratique ou la tradition ne fait partie intégrante de la culture qu’en raison de cette influence

Le fait que les Européens aient eu, en Amérique du Nord, des coutumes, pratiques ou traditions identiques à celles invoquées pour revendiquer un droit ancestral n’est pertinent pour l’appréciation de la revendication autochtone que s’il est possible d’affirmer que la coutume, pratique ou tradition en question n’existe qu’en raison de l’influence de la culture européenne. Si la coutume, pratique ou tradition faisait partie intégrante de la culture d’une

ans, the fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. On the other hand, where the practice, custom or tradition arose solely as a response to European influences then that practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right.

Courts must take into account both the relationship of aboriginal peoples to the land and the distinctive societies and cultures of aboriginal peoples

74

As was noted in the discussion of the purposes of s. 35(1), aboriginal rights and aboriginal title are related concepts; aboriginal title is a subcategory of aboriginal rights which deals solely with claims of rights to land. The relationship between aboriginal title and aboriginal rights must not, however, confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. 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.

75

With these factors in mind I will now turn to the particular claim made by the appellant in this case to have been acting pursuant to an aboriginal right.

collectivité autochtone avant le contact avec les Européens, le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée de ceux-ci et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication. L'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Les tribunaux doivent tenir compte à la fois des rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire et des cultures et sociétés distinctives de ces peuples

Comme il a été dit durant l'examen des objets du par. 35(1), les droits ancestraux et le titre aborigène sont des notions connexes. En effet, le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers. Toutefois, le rapport entre le titre aborigène et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. 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.

Conscient de ces facteurs, je vais maintenant aborder la prétention particulière avancée par l'appelante en l'espèce, savoir qu'elle a agi en vertu d'un droit ancestral.

Application of the Integral to a Distinctive Culture Test to the Appellant's Claim

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. In this case the most accurate characterization of the appellant's position is that she is claiming an aboriginal right to exchange fish for money or for other goods. She is claiming, in other words, that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral part the exchange of fish for money or other goods.

That this is the nature of the appellant's claim can be seen through both the specific acts which led to her being charged and through the regulation under which she was charged. Mrs. Van der Peet sold 10 salmon for \$50. Such a sale, especially given the absence of evidence that the appellant had sold salmon on other occasions or on a regular basis, cannot be said to constitute a sale on a "commercial" or market basis. These actions are instead best characterized in the simple terms of an exchange of fish for money. It follows from this that the aboriginal right pursuant to which the appellant is arguing that her actions were taken is, like the actions themselves, best characterized as an aboriginal right to exchange fish for money or other goods.

Moreover, the regulations under which the appellant was charged prohibit all sale or trade of fish caught pursuant to an Indian food fish licence. As such, to argue that those regulations implicate the appellant's aboriginal right requires no more of her than that she demonstrate an aboriginal right to the exchange of fish for money (sale) or other goods (trade). She does not need to demonstrate an aboriginal right to sell fish commercially.

Application à la revendication de l'appelante du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, le tribunal doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, la façon la plus précise de décrire la position de l'appelante consiste à dire qu'elle revendique un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Autrement dit, elle soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Cette description de la nature de la revendication de l'appelante ressort à la fois des actes spécifiques qui ont conduit à son inculpation et du règlement en vertu duquel elle a été inculpée. Madame Van der Peet a vendu 10 saumons pour 50 \$. Compte tenu particulièrement de l'absence de preuve indiquant que l'appelante avait déjà vendu du saumon ou qu'elle en vendait régulièrement, il est impossible d'affirmer qu'il s'agit d'une vente «commerciale» ou sur le marché. La meilleure façon de décrire ces actions est plutôt de les qualifier simplement d'échange de poisson contre de l'argent. Il s'ensuit que la meilleure façon de caractériser tant le droit ancestral en vertu duquel l'appelante prétend avoir accompli ces actions, que les actions elles-mêmes, est de les qualifier de droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

De plus, le règlement en application duquel l'appelante a été inculpée interdit complètement la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. En conséquence, pour établir que ce règlement met en jeu son droit ancestral, l'appelante n'a qu'à démontrer l'existence d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent (vente) ou d'autres biens (échange). Elle n'a pas à établir l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement.

76

77

78

79

The appellant herself characterizes her claim as based on a right “to sufficient fish to provide for a moderate livelihood”. In so doing the appellant relies on the “social” test adopted by Lambert J.A. at the British Columbia Court of Appeal. As has already been noted, however, a claim to an aboriginal right cannot be based on the significance of an aboriginal practice, custom or tradition to the aboriginal community in question. The definition of aboriginal rights is determined through the process of determining whether a particular practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture of the aboriginal group. The significance of the practice, custom or tradition is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. As such, the appellant’s claim cannot be characterized as based on an assertion that the Sto:lo’s use of the fishery, and the practices, customs and traditions surrounding that use, had the significance of providing the Sto:lo with a moderate livelihood. It must instead be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery, here the custom of exchanging fish for money or other goods.

80

Having thus identified the nature of the appellant’s claim, I turn to the fundamental question of the integral to a distinctive culture test: Was the practice of exchanging fish for money or other goods an integral part of the specific distinctive culture of the Sto:lo prior to contact with Europeans? In answering this question it is necessary to consider the evidence presented at trial, and the findings of fact made by the trial judge, to determine whether the evidence and findings support the appellant’s claim that the sale or trade of fish is an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo.

81

It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the

L’appelante elle-même soutient que sa revendication est fondée sur le droit à [TRADUCTION] «suffisamment de poisson pour assurer une subsistance convenable». Ce faisant, elle s’appuie sur le critère «social» adopté par le juge Lambert de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, comme il a été dit précédemment, la revendication d’un droit ancestral ne peut pas être fondée sur l’importance d’une coutume, pratique ou tradition autochtone pour la collectivité autochtone en cause. Pour définir des droits ancestraux, il faut déterminer si une coutume, pratique ou tradition donnée fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone concerné. L’importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d’un droit ancestral. Par conséquent, la revendication de l’appelante ne saurait être fondée sur l’assertion que l’utilisation de la pêcherie par les Sto:lo ainsi que les coutumes, pratiques et traditions rattachées à cette utilisation étaient importantes en ce qu’elles assuraient aux Sto:lo une subsistance convenable. Elle doit plutôt être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêcherie, en l’occurrence la coutume d’échanger du poisson contre de l’argent ou d’autres biens.

Après avoir identifié de la sorte la nature de la revendication de l’appelante, j’aborde maintenant la question fondamentale que pose le critère de la partie intégrante d’une culture distinctive: La pratique d’échanger du poisson contre de l’argent ou d’autres biens faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive spécifique des Sto:lo avant le contact avec les Européens? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d’examiner la preuve présentée au procès ainsi que les conclusions de fait tirées par le juge du procès afin de déterminer si cette preuve et ces conclusions étayaient l’affirmation de l’appelante que la vente ou l’échange de poisson font partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo.

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu’une cour d’appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d’une retenue con-

trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses. In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Ritchie J., speaking for the Court, held at p. 808 that absent a "palpable and overriding error" affecting the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not substitute its own findings of fact for those of the trial judge:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

This principle has also been followed in more recent decisions of this Court: *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426. In the recently released decision of *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, La Forest J. made the following observation at para. 32, with which I agree, regarding appellate court deference to findings of fact:

Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact . . . This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge. . . .

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial

sidérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées 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. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Ce principe a également été suivi dans des arrêts plus récents de notre Cour: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. Dans l'arrêt récent *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le juge La Forest a, au par. 32, fait l'observation suivante, à laquelle je souscris, au sujet de la retenue dont doivent faire montre les cours d'appel à l'égard des conclusions de fait:

Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; [. . .] Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. . . .

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de pre-

judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses, *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50.

mière instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250.

82

In the case at bar, Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge, made findings of fact based on the testimony and evidence before him, and then proceeded to make a determination as to whether those findings of fact supported the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. The second stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis — his determination of the scope of the appellant's aboriginal rights on the basis of the facts as he found them — is a determination of a question of law which, as such, mandates no deference from this Court. The first stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis, however — the findings of fact from which that legal inference was drawn — do mandate such deference and should not be overturned unless made on the basis of a "palpable and overriding error". This is particularly the case given that those findings of fact were made on the basis of Scarlett Prov. Ct. J.'s assessment of the credibility and testimony of the various witnesses appearing before him.

Dans le cas qui nous occupe, le juge Scarlett de la Cour provinciale, juge du procès, a tiré des conclusions de fait fondées sur les témoignages et les autres éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis il s'est demandé si ces conclusions de fait étayaient l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Dans la deuxième étape de son analyse — la détermination de la portée des droits ancestraux de l'appelante à la lumière de ses conclusions de fait — le juge Scarlett tranche une question de droit qui, en tant que telle, ne commande aucune retenue de la part de notre Cour. Toutefois, la première étape de son analyse — savoir les conclusions de fait à partir desquelles cette inférence juridique est tirée — commande une telle retenue, et ces conclusions ne doivent pas être modifiées, sauf si elles résultent d'une «erreur manifeste et dominante». C'est particulièrement le cas, en l'espèce, étant donné que ces conclusions de fait sont fondées sur l'appréciation qu'a faite le juge Scarlett de la crédibilité des divers témoins qui ont comparu devant lui et de leurs dépositions.

83

In adjudicating this case Scarlett Prov. Ct. J. obviously did not have the benefit of direction from this Court as to how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined, with the result that his legal analysis of the evidence was not entirely correct; however, that Scarlett Prov. Ct. J. was not entirely correct in his legal analysis of the facts as he found them does not mean that he made a clear and palpable error in reviewing the evidence and making those findings of fact. Indeed, a review of the transcript and exhibits submitted to this Court demonstrate that Scarlett Prov. Ct. J. conducted a thorough and compelling review of the evidence before him and committed no clear and palpable error which would justify this Court, or any other appellate court, in substituting its findings of fact for his. Moreover, I would note that the appellant, while disagreeing with Scarlett Prov. Ct. J.'s legal analysis of the facts, made no

Il va de soi que, lorsqu'il a statué sur la présente affaire, le juge Scarlett ne disposait pas des indications de notre Cour sur la façon dont il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1), de sorte que son analyse juridique de la preuve n'était pas entièrement exacte. Cependant, le fait que l'analyse juridique des faits par le juge Scarlett n'ait pas été entièrement exacte ne signifie pas qu'il a fait une erreur manifeste en examinant la preuve et en tirant ces conclusions de fait. De fait, il ressort de l'examen de la transcription des débats et des pièces soumises à notre Cour que le juge Scarlett a fait une analyse approfondie et convaincante de la preuve qui lui a été présentée, et qu'il n'a commis aucune erreur manifeste qui justifierait notre Cour, ou toute autre cour d'appel, de substituer ses conclusions de fait aux siennes. De plus, je tiens à souligner que, même si elle a exprimé son désaccord

arguments suggesting that in making findings of fact from the evidence before him Scarlett Prov. Ct. J. committed a palpable and overriding error.

Scarlett Prov. Ct. J. carefully considered all of the testimony presented by the various witnesses with regards to the nature of Sto:lo society and came to the following conclusions at p. 160:

Clearly, the Sto:lo fish for food and ceremonial purposes. Evidence presented did not establish a regularized market system in the exchange of fish. Such fish as were exchanged through individual trade, gift, or barter were fish surplus from time to time. Natives did not fish to supply a market, there being no regularized trading system, nor were they able to preserve and store fish for extended periods of time. A market as such for salmon was not present but created by European traders, primarily the Hudson's Bay Company. At Fort Langley the Sto:lo were able to catch and deliver fresh salmon to the traders where it was salted and exported. This use was clearly different in nature and quantity from aboriginal activity. Trade in dried salmon with the fort was clearly dependent upon Sto:lo first satisfying their own requirements for food and ceremony.

This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This Court accepts the evidence of Dr. Stryd and John Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

avec l'analyse juridique des faits du juge Scarlett, l'appelante n'a aucunement prétendu que le juge Scarlett aurait, en tirant ses conclusions de fait de la preuve qui lui a été soumise, commis une erreur manifeste et dominante.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a soigneusement étudié les dépositions des divers témoins quant à la nature de la société sto:lo et il a tiré les conclusions suivantes, à la p. 160:

[TRADUCTION] De toute évidence, les Sto:lo pêchent à des fins alimentaires et rituelles. La preuve présentée n'a pas établi l'existence d'un système de marché organisé d'échange du poisson. Le poisson qui changeait de mains par suite d'échange, de don ou de troc individuel était le poisson excédentaire disponible à l'occasion. Les autochtones ne pêchaient pas pour approvisionner un marché, puisqu'il n'existait aucun système de marché organisé, et qu'ils n'étaient pas capables de conserver et d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes. Il n'existait pas comme tel de marché pour le saumon, celui-ci a été créé par les marchands européens, principalement la Compagnie de la Baie d'Hudson. À Fort Langley, les Sto:lo pouvaient prendre et livrer du saumon frais aux marchands, qui le salaient et l'exportaient. Cette utilisation de la ressource était manifestement différente des activités autochtones, tant de par sa nature que de par les quantités en cause. Le commerce du saumon séché avec le fort était manifestement subordonné à la satisfaction par les Sto:lo, en premier lieu, de leurs propres besoins alimentaires et rituels.

La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des autochtones. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic.

I would add to Scarlett Prov. Ct. J.'s summation of his findings only the observation, which does not contradict any of his specific findings, that the testimony of the experts appearing before him indicated that such limited exchanges of salmon as took place in Sto:lo society were primarily linked to the kinship and family relationships on which Sto:lo society was based. For example, under cross-examination Dr. Daly described trade as occurring through the "idiom" of maintaining family relationships:

The medium or the idiom of much trade was the idiom of kinship, of providing hospitality, giving gifts, reciprocating in gifts. . . .

Similarly, Mr. Dewhirst testified that the exchange of goods was related to the maintenance of family and kinship relations.

85 The facts as found by Scarlett Prov. Ct. J. do not support the appellant's claim that the exchange of salmon for money or other goods was an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo. As has already been noted, in order to be recognized as an aboriginal right, an activity must be of central significance to the culture in question — it must be something which makes that culture what it is. The findings of fact made by Scarlett Prov. Ct. J. suggest that the exchange of salmon for money or other goods, while certainly taking place in Sto:lo society prior to contact, was not a significant, integral or defining feature of that society.

86 First, Scarlett Prov. Ct. J. found that, prior to contact, exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes. As was noted above, to constitute an aboriginal right, a custom must

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit.

J'ajouterais uniquement au résumé que le juge Scarlett fait de ses conclusions l'observation suivante, qui ne contredit aucune de ses conclusions spécifiques, savoir que les dépositions des experts qui ont comparu devant lui ont indiqué que ces échanges limités de saumon dans la société sto:lo étaient reliés principalement aux rapports familiaux et de parenté sur lesquels cette société était fondée. Par exemple, au cours de son contre-interrogatoire, M. Daly a dit que les échanges survenaient par l'intermédiaire de l'[TRADUCTION] «idiome» du maintien des rapports familiaux:

[TRADUCTION] La plupart des échanges survenaient par l'intermédiaire de l'idiome de la parenté, de l'hospitalité de l'échange de cadeaux. . . .

De même, M. Dewhirst a témoigné que l'échange de biens se rattachait au maintien des rapports familiaux et de parenté.

Les faits constatés par le juge Scarlett de la Cour provinciale n'appuient pas la prétention de l'appelante que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo. Comme il a été indiqué précédemment, pour être reconnue comme un droit ancestral, une activité doit avoir une importance fondamentale pour la culture concernée — elle doit être quelque chose qui fait de cette culture ce qu'elle est. Les conclusions de fait du juge Scarlett tendent à indiquer que les échanges de saumon contre de l'argent ou d'autres biens, quoiqu'il y en ait certainement eu dans la société sto:lo avant le contact avec les Européens, n'étaient pas une caractéristique déterminante ou importante de cette société, ni une partie intégrante de celle-ci.

Premièrement, le juge Scarlett a conclu que, avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Comme

itself be integral to the distinctive culture of the aboriginal community in question; it cannot be simply incidental to an integral custom. Thus, while the evidence clearly demonstrated that fishing for food and ceremonial purposes was a significant and defining feature of the Sto:lo culture, this is not sufficient, absent a demonstration that the exchange of salmon was itself a significant and defining feature of Sto:lo society, to demonstrate that the exchange of salmon is an integral part of Sto:lo culture.

For similar reasons, the evidence linking the exchange of salmon to the maintenance of kinship and family relations does not support the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. Exchange of salmon as part of the interaction of kin and family is not of an independent significance sufficient to ground a claim for an aboriginal right to the exchange of fish for money or other goods.

Second, Scarlett Prov. Ct. J. found that there was no "regularized trading system" amongst the Sto:lo prior to contact. The inference drawn from this fact by Scarlett Prov. Ct. J., and by Macfarlane J.A. at the British Columbia Court of Appeal, was that the absence of a market means that the appellant could not be said to have been acting pursuant to an aboriginal right because it suggests that there is no aboriginal right to fish commercially. This inference is incorrect because, as has already been suggested, the appellant in this case has only claimed a right to exchange fish for money or other goods, not a right to sell fish in the commercial marketplace; the significance of the absence of regularized trading systems amongst the Sto:lo arises instead from the fact that it indicates that the exchange of salmon was not widespread in Sto:lo society. Given that the exchange of salmon was not widespread it cannot be said that, prior to contact, Sto:lo culture was defined by trade in salmon; trade or exchange of salmon took place, but the

il a été dit précédemment, pour constituer un droit ancestral, une coutume doit elle-même faire partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone en cause, et ne pas être simplement un aspect accessoire d'une coutume qui serait partie intégrante de la culture concernée. En conséquence, même si la preuve a clairement démontré que la pêche à des fins alimentaires et rituelles était une caractéristique importante et déterminante de la culture sto:lo, ce fait n'est pas suffisant, en l'absence de preuve que l'échange de saumon était en soi une caractéristique importante et déterminante de la société sto:lo, pour établir que l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture sto:lo.

Pour des motifs analogues, la preuve rattachant l'échange de saumon au maintien de rapports familiaux et de parenté n'étaye pas l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Les échanges de saumon qui surviennent dans le cadre des rapports entre les membres de la famille et la parenté ne revêtent pas en soi une importance suffisante pour fonder la revendication d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou des biens.

Deuxièmement, le juge Scarlett a conclu qu'il n'existait pas de [TRADUCTION] «système de commerce organisé» chez les Sto:lo avant le contact avec les Européens. L'inférence qu'ont tirée de ce fait le juge Scarlett de la Cour provinciale et le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était que, vu l'absence d'un marché, il était impossible d'affirmer que l'appelante avait agi en vertu d'un droit ancestral, étant donné que ce fait tend à indiquer qu'il n'existe pas de droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Cette inférence est incorrecte parce que, comme il a déjà été indiqué, en l'espèce l'appelante a revendiqué seulement le droit d'échanger du saumon contre de l'argent ou d'autres biens, et non le droit de vendre du poisson sur le marché. L'importance de l'absence de systèmes de commerce organisés chez les Sto:lo découle plutôt du fait que cette absence indique que l'utilisation du poisson comme monnaie d'échange n'était pas un phénomène répandu dans la société sto:lo. Comme les

87

88

absence of a market demonstrates that this exchange did not take place on a basis widespread enough to suggest that the exchange was a defining feature of Sto:lo society.

échanges de saumon n'étaient pas une activité répandue, il est impossible d'affirmer que, avant le contact avec les Européens, la culture sto:lo était définie par l'utilisation du saumon comme monnaie d'échange. Il y avait bien des échanges de saumon, mais l'absence de marché pour ce produit démontre que ces échanges n'étaient pas suffisamment répandus pour indiquer qu'ils étaient une caractéristique déterminante de la société sto:lo.

89

Third, the trade engaged in between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company, while certainly of significance to the Sto:lo society of the time, was found by the trial judge to be qualitatively different from that which was typical of the Sto:lo culture prior to contact. As such, it does not provide an evidentiary basis for holding that the exchange of salmon was an integral part of Sto:lo culture. As was emphasized in listing the criteria to be considered in applying the "integral to" test, the time relevant for the identification of aboriginal rights is prior to contact with European societies. Unless a post-contact practice, custom or tradition can be shown to have continuity with pre-contact practices, customs or traditions, it will not be held to be an aboriginal right. The trade of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company does not have the necessary continuity with Sto:lo culture pre-contact to support a claim to an aboriginal right to trade salmon. Further, the exchange of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company can be seen as central or significant to the Sto:lo primarily as a result of European influences; activities which become central or significant because of the influence of European culture cannot be said to be aboriginal rights.

Troisièmement, le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était certainement important pour la société sto:lo de cette époque, a été jugé par le juge du procès qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens. En conséquence, il ne constitue pas un élément de preuve permettant de conclure que l'échange de saumon faisait partie intégrante de la culture sto:lo. Comme il a été souligné dans l'énumération des facteurs à prendre en considération pour appliquer le critère de la «partie intégrante», la période pertinente pour l'identification des droits ancestraux est celle qui a précédé le contact avec les sociétés européennes. Sauf s'il est possible d'établir qu'une coutume, pratique ou tradition postérieure au contact avec les Européens marque une continuité avec les coutumes, pratiques ou traditions antérieures à cette période, la coutume, pratique ou tradition en question ne sera pas déclarée être à un droit ancestral. Le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson ne marque pas la continuité nécessaire avec la culture sto:lo antérieure au contact avec les Européens pour étayer la revendication d'un droit ancestral de faire le commerce du saumon. En outre, il est possible d'affirmer que le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson est devenu une activité fondamentale ou importante pour les Sto:lo principalement par suite des influences européennes. Les activités qui deviennent fondamentales ou importantes en raison de l'influence de la culture européenne ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux.

90

Finally, Scarlett Prov. Ct. J. found that the Sto:lo were at a band level of social organization

Finalement, le juge Scarlett a conclu que l'organisation sociale des Sto:lo était celle d'une bande

rather than at a tribal level. As noted by the various experts, one of the central distinctions between a band society and a tribal society relates to specialization and division of labour. In a tribal society there tends to be specialization of labour — for example, specialization in the gathering and trade of fish — whereas in a band society division of labour tends to occur only on the basis of gender or age. The absence of specialization in the exploitation of the fishery is suggestive, in the same way that the absence of regularized trade or a market is suggestive, that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. I would note here as well Scarlett Prov. Ct. J.'s finding that the Sto:lo did not have the means for preserving fish for extended periods of time, something which is also suggestive that the exchange or trade of fish was not central to the Sto:lo way of life.

For these reasons, then, I would conclude that the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo society which existed prior to contact. The exchange of fish took place, but was not a central, significant or defining feature of Sto:lo society. The appellant has thus failed to demonstrate that the exchange of salmon for money or other goods by the Sto:lo is an aboriginal right recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The Sparrow Test

Since the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish was an aboriginal right of the Sto:lo, it is unnecessary to consider the tests for extinguishment, infringement and justification laid out by this Court in *Sparrow, supra*.

VI. Disposition

Having concluded that the aboriginal rights of the Sto:lo do not include the right to exchange fish for money or other goods, I would dismiss the

plutôt que d'une tribu. Comme l'ont indiqué les divers experts, l'une des distinctions principales entre les sociétés tribales et celles organisées en bande concerne la spécialisation et la division des tâches. Dans les sociétés tribales, il tend à y avoir spécialisation des tâches — par exemple, spécialisation dans la pêche et l'échange du poisson — alors que dans les sociétés organisées en bande, la division des tâches tend à refléter seulement le sexe ou l'âge des participants. Tout comme l'absence de commerce organisé ou de marché, l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. Je tiens à également souligner ici la conclusion du juge Scarlett que les Sto:lo n'avaient pas de moyens de conserver le poisson pendant de longues périodes, autre élément qui tend à indiquer que les échanges de poisson n'étaient pas un aspect fondamental du mode de vie des Sto:lo.

Pour ces motifs, je conclurais donc que l'appellante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la société sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens. Il y avait des échanges de poisson, mais il ne s'agissait pas d'une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la société sto:lo. L'appellante n'a donc pas démontré que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens par les Sto:lo est un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le critère établi dans Sparrow

Comme l'appellante n'a pas établi que l'échange de poisson était un droit ancestral des Sto:lo, il n'est pas nécessaire d'analyser les critères relatifs à l'extinction, à l'atteinte et à la justification énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, précité.

VI. Dispositif

Comme j'ai conclu que les droits ancestraux des Sto:lo ne comprennent pas le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, je suis

91

92

93

appeal and affirm the decision of the Court of Appeal restoring the trial judge's conviction of the appellant for violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*. There will be no order as to costs.

d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante par le juge du procès à l'égard de la violation du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

94 For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

Pour les motifs qui précèdent, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Answer No.

Réponse Non.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

95 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal, as well as the appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, in which judgment is handed down concurrently, and the appeal in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, concern the definition of aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans lesquels jugement est rendu en même temps, et l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 portent sur la définition des droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

96 While the narrow issue in this particular case deals with whether the Sto:lo, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, the broader issue is the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

Bien que la question restreinte qui se pose en l'espèce soit de savoir si les Sto:lo, dont l'appelante fait partie, possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, la question plus générale porte sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution.

97 The Chief Justice concludes that the Sto:lo do not possess an aboriginal right to exchange fish for money or other goods and that, as a result, the appellant's conviction under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, should be upheld. Not only do I disagree with the result he reaches, but I also diverge from his analysis of the issue at bar, spe-

Le Juge en chef conclut que les Sto:lo ne possèdent pas le droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens et que, en conséquence, la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14 devrait être confirmée. Je suis non seulement en désaccord avec ce résul-

cifically as to his approach to defining aboriginal rights and as to his delineation of the aboriginal right claimed by the appellant.

The Chief Justice has set out the facts and judgments and I will only briefly refer to them for a better understanding of what follows.

Dorothy Van der Peet, the appellant, was charged with violating s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and, thereby, committing an offence contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*. These charges arose out of the appellant's sale of 10 salmon caught by her common law spouse and his brother under the authority of an Indian food fish licence, issued pursuant to s. 27(1) of the Regulations. Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, is the provision here under constitutional challenge; it provides:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The appellant, her common law husband and his brother are all members of the Sto:lo Band, part of the Coast Salish Nation. Both parties to this dispute accept that the appellant sold the fish, that the sale of the fish was contrary to the Regulations and that the fish were caught pursuant to a recognized aboriginal right to fish. The parties disagree, however, as to the nature of the Sto:lo's relationship with the fishery, particularly whether their right to fish encompasses the right to sell, trade and barter fish.

Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge found on the evidence, [1991] 3 C.N.L.R. 155, that trade by the Sto:lo was incidental to fishing for food and was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. He held,

mais également avec l'analyse que fait le Juge en chef de la question en litige, tout particulièrement avec sa façon de définir les droits ancestraux et la définition qu'il donne du droit ancestral revendiqué par l'appelante.

Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et je ne les rappellerai que brièvement, pour permettre une meilleure compréhension de ce qui suit.

L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir contrevenu au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir ainsi commis une infraction au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Le fait à l'origine des accusations est la vente par l'appelante de 10 saumons qui avaient été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens délivré conformément au par. 27(1) du Règlement. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, disposition qui fait l'objet de la contestation constitutionnelle en l'espèce, se lit ainsi:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

L'appelante, son conjoint de fait et le frère de celui-ci sont tous des membres de la bande des Sto:lo, qui fait partie de la nation des Salish de la côte. Les deux parties au présent pourvoi conviennent que l'appelante a vendu du poisson, que cette vente contrevenait au Règlement et que les poissons ont été pris conformément à un droit de pêche ancestral reconnu. Cependant, elles ne s'entendent pas sur la nature des rapports qu'entretiennent les Sto:lo avec la pêcherie, et tout particulièrement sur la question de savoir si le droit de pêche inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson.

Le juge du procès, le juge Scarlett de la Cour provinciale, a conclu que, à la lumière de la preuve, [1991] 3 C.N.L.R. 155, les échanges faits par les Sto:lo étaient un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires et qu'ils

98

99

100

101

therefore, that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell and found the appellant guilty as charged.

étaient effectués soit à des fins rituelles soit dans le cadre d'occasions fortuites. Il a en conséquence statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'incluait pas le droit de vendre le poisson, et il a déclaré l'appelante coupable des accusations dont elle faisait l'objet.

102 On appeal to the British Columbia Supreme Court, (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, Selbie J., the summary appeal judge, gave a different interpretation to the oral testimony, expert evidence and archaeological records. In his view, the evidence demonstrated that the Sto:lo's relationship with the fishery was broad enough to include the trade of fish since the Sto:lo who caught fish in their original aboriginal society could do whatever they wanted with that fish. He overturned the appellant's conviction and entered an acquittal.

En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, le juge d'appel Selbie des poursuites sommaires a interprété différemment les dépositions orales, la preuve offerte par les experts et les documents archéologiques. À son avis, la preuve établissait que les rapports qu'entretenait la bande des Sto:lo avec la pêcherie étaient suffisamment larges pour inclure le commerce du poisson puisque les premiers Sto:lo pouvaient faire ce qu'ils voulaient avec ce poisson. Le juge Selbie a écarté la déclaration de culpabilité et acquitté l'appelante.

103 At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, the findings and verdict of the trial judge were restored. The majority of the Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., found that the Sto:lo engaged only in casual exchanges of fish and that this was entirely different from fishing for commercial and market purposes. Lambert J.A., dissenting, held that the best description of the aboriginal practices, traditions and customs of the Sto:lo was one which included the sale, trade and barter of fish. Also dissenting, Hutcheon J.A. focused on the evidence demonstrating that by 1846, the date of British sovereignty, trade in salmon was taking place in the Sto:lo community.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, a rétabli les conclusions et la décision du juge du procès. La Cour d'appel à la majorité — les juges Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et Wallace — a conclu que les Sto:lo ne faisaient que des échanges fortuits de poisson, activité complètement différente de la pêche qui est pratiquée à des fins commerciales, pour approvisionner un marché. Le juge Lambert, dissident, a conclu que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo était de dire qu'elles incluaient les activités de vente et d'échange de poisson. Le juge Hutcheon, également dissident, s'est attaché à la preuve établissant que, en 1846, date d'affirmation de la souveraineté britannique, on faisait le commerce du saumon dans la collectivité Sto:lo.

104 Leave to appeal was granted by this Court and the Chief Justice stated the following constitutional question:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

Notre Cour a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS-84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

In my view, the definition of aboriginal rights as to their nature and extent must be addressed in the broader context of the historical aboriginal reality in Canada. Therefore, before going into the specific analysis of aboriginal rights protected under s. 35(1), a review of the legal evolution of aboriginal history is in order.

I. Historical and General Background

It is commonly accepted that the first aboriginal people of North America came from Siberia, over the Bering terrestrial bridge, some 12,000 years ago. They found a *terra nullius* and gradually began to explore and populate the territory. These people have always enjoyed, whether as nomadic or sedentary communities, some kind of social and political structure. Accordingly, it is fair to say that prior to the first contact with the Europeans, the native people of North America were independent nations, occupying and controlling their own territories, with a distinctive culture and their own practices, traditions and customs.

In that regard, it is useful to acknowledge the findings of Marshall C.J. of the United States Supreme Court in the so-called trilogy, comprised of *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), and *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Particularly in *Worcester*, Marshall C.J.'s general description of aboriginal societies in North America is apropos (at pp. 542-43):

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws.

This passage was quoted, with approval, by Hall J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 383. Also in *Calder*,

À mon avis, la détermination de la nature et de l'étendue des droits ancestraux doit se faire dans le contexte plus général de la réalité historique autochtone au Canada. En conséquence, avant d'entamer l'analyse spécifique des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), il convient d'examiner l'évolution juridique de l'histoire autochtone.

I. Le contexte historique général

Il semble généralement reconnu que les premiers habitants de l'Amérique du Nord sont venus de Sibérie, il y a quelque 12,000 ans, par le pont terrestre de Béring. Ils ont trouvé une *terra nullius*, qu'ils ont progressivement explorée et peuplée. Ces gens ont toujours possédé, autant comme communautés nomades que comme communautés sédentaires, une certaine forme d'organisation sociale et politique. En conséquence, il est juste d'affirmer que les peuples autochtones d'Amérique du Nord étaient, avant les premiers contacts avec les Européens, des nations indépendantes qui occupaient et contrôlaient leur propre territoire et possédaient une culture distinctive ainsi que leurs propres coutumes, pratiques et traditions.

À cet égard, il est utile de faire état des conclusions du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans ce qu'on appelle la trilogie, savoir les arrêts suivants: *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831) et *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Dans *Worcester*, tout particulièrement, le juge en chef Marshall a donné une description générale pertinente des sociétés autochtones d'Amérique du Nord (aux pp. 542 et 543):

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois.

Cet extrait a été cité et approuvé par le juge Hall dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la

Judson J., for the majority in the result, made the following observations at p. 328:

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. [Emphasis added.]

See also, regarding the independent character of aboriginal nations, the remarks of Lamer J. (as he then was) in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1053.

p. 383. Dans ce même arrêt, le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, a fait les observations suivantes, à la p. 328:

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. [Je souligne.]

En ce qui concerne le caractère indépendant des nations autochtones, voir aussi les remarques du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1053.

108

At the time of the first formal arrival of the Europeans, in the sixteenth century, most of the territory of what is now Canada was occupied and used by aboriginal people. From the earliest point, however, the settlers claimed sovereignty in the name of their home country. Traditionally, there are four principles upon which states have relied to justify the assertion of sovereignty over new territories: see Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). These are: (1) conquest, (2) cession, (3) annexation, and (4) settlement, i.e., acquisition of territory that was previously unoccupied or is not recognized as belonging to another political entity.

Au seizième siècle, à l'époque de l'arrivée officielle des Européens, la majeure partie du territoire qui est aujourd'hui le Canada était occupée et utilisée par les peuples autochtones. Cependant, dès leur arrivée, les colons ont affirmé la souveraineté de leur mère patrie sur ce territoire. Traditionnellement, quatre principes ont été invoqués par les États pour affirmer leur souveraineté sur de nouveaux territoires: voir Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). Ces principes sont: (1) la conquête, (2) la cession, (3) l'annexion, et (4) la colonisation, c'est-à-dire l'acquisition d'un territoire qui n'était pas occupé auparavant ou qui n'était pas reconnu comme appartenant à une autre entité politique.

109

In the eyes of international law, the settlement thesis is the one rationale which can most plausibly justify European sovereignty over Canadian territory and the native people living on it (see Patrick Macklem, "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173) although there is still debate as to whether the land was indeed free for occupation. See Brian Slattery, "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, and Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

En droit international, c'est le principe de la colonisation qui permet de justifier de la façon la plus plausible la souveraineté européenne sur le territoire canadien et les autochtones qui l'habitaient (voir Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173), quoique la question de savoir s'il s'agissait d'un territoire libre qui pouvait être occupé continue d'être débattue. (Voir Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, et Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

110

In spite of the sovereignty proclamation, however, the early practices of the British recognized

Malgré la proclamation de souveraineté, cependant, par les pratiques qu'ils ont appliquées au

aboriginal title or rights and required their extinguishment by cession, conquest or legislation: see André Émond, "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59, at p. 62. This tradition of the British imperial power (either applied directly or after French capitulation) was crystallized in the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, Dickson C.J. and La Forest J. wrote the following regarding Crown sovereignty and British practices *vis-à-vis* aboriginal people at p. 1103:

It is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, a proposition to which the Royal Proclamation of 1763 bears witness, there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown. . . .

See also André Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1, at p. 1.

As a result, it has become accepted in Canadian law that aboriginal title, and aboriginal rights in general, derive from historic occupation and use of ancestral lands by the natives and do not depend on any treaty, executive order or legislative enactment: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 390, *per* Hall J., confirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was), and *Sparrow*, *supra*; see also the decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1. See also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, at p. 242, and Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992) at p. 679. This position is known as the "inherent theory" of aboriginal rights, as contrasted with the "contingent theory" of aboriginal rights: see Michael Asch and Patrick Macklem,

départ les Britanniques reconnaissaient les titres aborigènes ou droits ancestraux et ils exigeaient qu'ils aient été éteints par cession, conquête ou législation: voir André Émond, «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59, à la p. 62. La *Proclamation royale de 1763*; L.R.C. (1985), app. II, n° 1, a cristallisé cette tradition du pouvoir impérial britannique (qui s'est appliquée soit directement, soit après la capitulation de la France).

Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit ce qui suit relativement à la souveraineté de Sa Majesté et aux pratiques britanniques vis-à-vis des peuples autochtones (à la p. 1103):

Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté. . .

Voir aussi André Émond, «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1, à la p. 1.

En conséquence, il est maintenant reconnu en droit canadien que le titre aborigène et les droits ancestraux en général découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales par les autochtones et qu'ils ne sont pas tributaires de quelque traité, décret ou mesure législative: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 390, le juge Hall; confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) et *Sparrow*, précité; voir également l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 de la High Court of Australia. Voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, à la p. 242, et Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 679. Cette position est la [TRADUCTION] «théorie du caractère inhérent» des droits ancestraux, par

111

112

“Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, “First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination” (1991), 36 *McGill L.J.* 382, and Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

opposition à la «théorie du caractère conditionnel» des droits ancestraux: voir Michael Asch and Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, et Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

113 Aboriginal people’s occupation and use of North American territory was not static, nor, as a general principle, should be the aboriginal rights flowing from it. Natives migrated in response to events such as war, epidemic, famine, dwindling game reserves, etc. Aboriginal practices, traditions and customs also changed and evolved, including the utilisation of the land, methods of hunting and fishing, trade of goods between tribes, and so on. The coming of Europeans increased this fluidity and development, bringing novel opportunities, technologies and means to exploit natural resources: see Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 741-42. Accordingly, the notion of aboriginal rights must be open to fluctuation, change and evolution, not only from one native group to another, but also over time.

L’occupation et l’utilisation du territoire de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones n’étaient pas statiques et, en règle générale, les droits ancestraux en découlant ne devraient pas l’être non plus. Poussés par divers événements telles des guerres, des épidémies, des famines et la rareté du gibier, les autochtones migraient. De même, leurs coutumes, pratiques et traditions changeaient et évoluaient, notamment l’utilisation des terres, les méthodes de chasse et de pêche, l’échange de biens entre tribus. L’arrivée des Européens a accru ces déplacements et ces changements, créant de nouvelles occasions et introduisant de nouvelles techniques et méthodes d’exploitation des ressources naturelles: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 741 et 742. En conséquence, la notion de droits ancestraux doit pouvoir fluctuer, changer et évoluer, non seulement d’un groupe autochtone à l’autre, mais aussi dans le temps.

114 Aboriginal interests arising out of natives’ original occupation and use of ancestral lands have been recognized in a body of common law rules referred to as the doctrine of aboriginal rights: see Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 732. These principles define the terms upon which the Crown acquired sovereignty over native people and their territories.

Les intérêts autochtones découlant de leur occupation et utilisation originales des terres ancestrales ont été reconnus dans un ensemble de règles de common law appelées doctrine des droits ancestraux; voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 732. Ces principes définissent les conditions auxquelles Sa Majesté a acquis la souveraineté sur les autochtones et leur territoire.

115 The traditional and main component of the doctrine of aboriginal rights relates to aboriginal title, i.e., the *sui generis* proprietary interest which gives native people the right to occupy and use the land at their own discretion, subject to the Crown’s ultimate title and exclusive right to purchase the land: see *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The*

La principale composante traditionnelle de la doctrine des droits ancestraux concerne le titre aborigène, c’est-à-dire le droit foncier *sui generis* qui confère aux autochtones le droit d’occuper et d’utiliser à leur gré les terres visées, sous réserve du fait que c’est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre et possède le droit exclusif

Queen (1888), 14 A.C. 46 (P.C.), at p. 54, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and at p. 383, *per* Hall J., and *Guerin*, *supra*, at pp. 378 and 382, *per* Dickson J. (as he then was).

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.

This brings me to the different type of lands on which aboriginal rights can exist, namely reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands: see Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at pp. 743-44. The common feature of these lands is that the Canadian Parliament and, to a certain extent, provincial legislatures have a general legislative authority over the activities of aboriginal people, which is the result of the British assertion of sovereignty over Canadian territory. There are, however, important distinctions to draw between these types of lands with regard to the legislation applicable and claims of aboriginal rights.

Reserve lands are those lands reserved by the Federal Government for the exclusive use of Indian people; such lands are regulated under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. On reserve lands, federal legislation, pursuant to s. 91(24) of the

d’acheter les terres en question: voir *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46 (C.P.), à la p. 54, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson et à la p. 383, le juge Hall, et *Guerin*, précité, aux pp. 378 et 382, le juge Dickson (plus tard Juge en chef).

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 the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Cela m’amène aux différents types de terres auxquelles peuvent se rattacher des droits ancestraux: les terres des réserves, les terres visées par un titre aborigène et les terres visées par un droit ancestral: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 743 et 744. Ces terres ont en commun le fait que le législateur fédéral et, dans une certaine mesure, les assemblées législatives provinciales possèdent un pouvoir général de légiférer à l’égard des activités des autochtones, pouvoir qui découle de l’affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire canadien. Cependant, des distinctions importantes doivent être faites entre ces divers types de terres quant aux lois qui leur sont applicables et aux droits ancestraux qui peuvent y être revendiqués.

Les terres des réserves sont les terres qui sont réservées par le gouvernement fédéral pour l’usage exclusif des Indiens. Ces terres sont régies par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. S’appliquent sur ces terres et les lois fédérales, conformé-

116

117

118

Constitution Act, 1867, as well as provincial laws of general application, pursuant to s. 88 of the *Indian Act*, are applicable. However, under s. 81 of the *Indian Act*, band councils can enact by-laws, for particular purposes specified therein, which supplant incompatible provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the Act — as well as incompatible federal legislation — in so far as the Minister of Indian Affairs has not disallowed the by-laws pursuant to s. 82 of the Act. The latter scenario was the foundation of the claims in *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, and partly in *R. v. Nikal*, *supra*.

ment au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et les lois provinciales d'application générale, conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, les conseils de bande peuvent, en vertu de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, décréter des règlements administratifs pour les fins particulières précisées dans cette disposition. Ces règlements administratifs remplacent les lois provinciales incompatibles — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la Loi — ainsi que les lois fédérales incompatibles — dans la mesure où le ministre des Affaires indiennes ne désavoue pas les règlements administratifs en question conformément à l'art. 82 de la Loi. Ce dernier scénario était le fondement des réclamations à l'origine de l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, et il l'était en partie dans *R. c. Nikal*, précité.

119

Aboriginal title lands are lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion, subject to the Crown's ultimate title (see *Guerin v. The Queen*, *supra*, at p. 382); federal and provincial legislation applies to aboriginal title lands, pursuant to the governments' respective general legislative authority. Aboriginal title of this kind is founded on the common law and strict conditions must be fulfilled for such title to be recognized: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, and *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518. In fact, aboriginal title exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. It follows that aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be; these rights are severable from and can exist independently of aboriginal title. As I have already noted elsewhere, the source of these rights is the historic occupation and use of ancestral lands by the natives.

Les terres visées par un titre aborigène sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre (voir *Guerin c. La Reine*, précité, à la p. 382). Les lois fédérales et provinciales s'appliquent aux terres visées par un titre aborigène, conformément au pouvoir général de légiférer respectif de ces deux ordres de gouvernement. Un titre aborigène de cette nature est fondé sur la common law et doit respecter des conditions strictes pour être reconnu: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518. De fait, le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Il s'ensuit que des droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais pas nécessairement. Ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci. Comme je l'ai déjà mentionné, la source de ces droits est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales.

120

Aboriginal title can also be founded on treaties concluded between the natives and the competent

Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité entre les autochtones concernés et le gou-

government: see *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, and *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901. Where this occurs, the aboriginal rights crystallized in the treaty become treaty rights and their scope must be delineated by the terms of the agreement. The rights arising out of a treaty are immune from provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the *Indian Act* — unless the treaty incorporates such legislation, as in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. A treaty, however, does not exhaust aboriginal rights; such rights continue to exist apart from the treaty, provided that they are not substantially connected to the rights crystallized in the treaty or extinguished by its terms.

Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. In these cases, the aboriginal rights on the land are restricted to residual portions of the aboriginal title — such as the rights to hunt, fish or trap — or to other matters not connected to land; they do not, therefore, entail the full *sui generis* proprietary right to occupy and use the land.

Both the Canadian Parliament and provincial legislatures can enact legislation, pursuant to their respective general legislative competence, that affect native activities on aboriginal right lands. As Cory J. puts it in *Nikal*, *supra* (at para. 92): “[t]he government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights [of the natives and of the rest of Canadian society] should interact”. See also, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at pp. 328-29, *per* Judson J., and at p. 401, *per* Hall J; *Guerin*, *supra*, at pp. 377-78, *Sparrow*, *supra*, at p. 1103, and

vernement compétent: voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901. Dans un tel cas, les droits ancestraux cristallisés dans le traité deviennent des droits issus de traités et leur portée doit être déterminée eu égard aux conditions de cet accord. Les droits découlant d'un traité sont soustraits à l'application des lois provinciales — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* — sauf si le traité incorpore ces lois, voir l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Cependant, un traité ne fait pas disparaître les droits ancestraux. De tels droits continuent d'exister, indépendamment du traité, pourvu qu'ils ne se rattachent pas de façon importante aux droits qui ont été cristallisés dans le traité ou éteints par les conditions de celui-ci.

Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Dans de tels cas, les droits ancestraux visant ces terres se limitent aux aspects résiduels du titre aborigène — tel le droit de chasser, de pêcher ou de piéger — ou à d'autres aspects ne se rapportant pas au territoire. Ces droits ne comportent donc pas le plein droit de propriété *sui generis* d'occuper et d'utiliser les terres.

Tant le législateur fédéral que les assemblées législatives provinciales peuvent édicter, conformément à leur pouvoir général respectif de légiférer, des mesures législatives applicables aux activités des autochtones sur les terres visées par des droits ancestraux. Comme le dit le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, précité (au par. 92): «[l]e gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits [ceux des autochtones et du reste de la société canadienne] devraient interagir». Voir aussi *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, aux pp. 328 et 329, le juge Judson, et à la p. 401, le juge Hall, *Guerin*, précité, aux pp. 377 et

121

122

Mitchell v. Peguis Indian Band, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 109.

378, *Sparrow*, précité, à la p. 1103 et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 109.

123 These types of lands are not static or mutually exclusive. A piece of land can be conceived of as aboriginal title land and later become reserve land for the exclusive use of Indians; such land is then, reserve land on aboriginal title land. Further, aboriginal title land can become aboriginal right land because the occupation and use by the particular group of aboriginal people has narrowed to specific activities. The bottom line is this: on every type of land described above, to a larger or smaller degree, aboriginal rights can arise and be recognized.

Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type. Ainsi, on peut imaginer que des terres qualifiées de terres visées par un titre aborigène deviennent par la suite des terres de réserve mises de côté pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont alors des terres de réserve situées sur des terres visées par un titre aborigène. Par ailleurs, des terres visées par un titre aborigène peuvent devenir des terres visées par un droit ancestral, si le groupe autochtone concerné ne les occupent et ne les utilisent que pour des activités spécifiques. Bref, la situation est la suivante: sur chacun des types de terres que j'ai décrits précédemment, des droits ancestraux peuvent naître et être reconnus, dans une plus ou moins grande mesure.

124 This being said, the instant case is confined to the recognition of an aboriginal right and does not involve by-laws on a reserve or claims of aboriginal title, nor does it relate to any treaty rights. The contention of the appellant is simply that the Sto:lo, of which she is one, possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their lands — which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

Cela dit, le présent pourvoi ne vise qu'à faire reconnaître un droit ancestral et il ne met en jeu ni règlement administratif décrété dans une réserve ni revendication d'un titre aborigène, et il ne concerne aucun droit issu de traité. L'appelante soutient simplement que le peuple Sto:lo, dont elle fait partie, possède — du fait de l'occupation et de l'utilisation historiques de ses terres — un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

125 Prior to 1982, the doctrine of aboriginal rights was founded only on the common law and aboriginal rights could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign": see *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, *supra*, at p. 54, also *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; see also, regarding the mode of extinguishing aboriginal rights, Kenneth Lysyk, "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of *Calder*" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils [TRADUCTION] «dépendaient de la bonne volonté du Souverain»: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, à la p. 54, *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642 et *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; voir aussi, en ce qui concerne le mode d'extinction des droits ancestraux, Kenneth Lysyk, «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of *Calder*» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.

Since then, however, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* provides constitutional protection to aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of “existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada”: see Brian Slattery, “First Nations and the Constitution: A Question of Trust” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261, at p. 263. Consequently, as I shall examine in some detail, the general legislative authority over native activities is now limited and legislation which infringes upon existing aboriginal or treaty rights must be justified.

The general analytical framework developed under s. 35(1) will now be outlined before proceeding with the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

II. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and the *Sparrow Test*

The analysis of the issue before us must start with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, found in Part II of that Act entitled “Rights of the Aboriginal Peoples of Canada”, which provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

The scope of s. 35(1) was discussed in *Sparrow*, *supra*. In that case, a member of the Musqueam Band, Ronald Edward Sparrow, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with the offence of fishing with a drift-net in excess of the 25-fathom depth permitted by the terms of the band’s Indian food fishing licence. The fishing occurred in a narrow channel of the Fraser River, a few miles upstream from Vancouver International Airport. Sparrow readily admitted having fished as alleged, but he contended that, because the Musqueam had an aboriginal right to fish, the attempt to regulate net length was inconsistent with s. 35(1) and was

Depuis ce temps, cependant, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère la protection de la Constitution aux intérêts des autochtones qui découlent de l’occupation et de l’utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[I]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada»: voir Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261, à la p. 263. En conséquence, comme je l’examinerai de façon approfondie, le pouvoir général de légiférer à l’égard des activités des autochtones est maintenant limité, et toute mesure législative portant atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités doit être justifiée.

Avant de passer à l’interprétation de la nature et de l’étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution, je vais exposer ci-après le cadre d’analyse général qui a été élaboré pour l’application du par. 35(1).

II. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le test établi dans *Sparrow*

L’analyse de la question dont nous sommes saisis commence par l’examen du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui figure à la partie II de cette loi et qui est intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada». Ce paragraphe est ainsi rédigé:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

La portée du par. 35(1) a été examinée dans *Sparrow*, précité. Dans cette affaire, un membre de la bande indienne des Musqueams, Ronald Edward Sparrow, avait été accusé, en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, d’avoir pêché avec un filet dérivant plus long que les 25 brasses autorisées par le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande. L’accusé avait pêché dans un étroit passage du fleuve Fraser, à quelques milles en amont de l’Aéroport international de Vancouver. Sparrow a volontiers reconnu avoir pêché de la manière reprochée, mais il a prétendu que, en raison du droit de pêche ancestral des Musqueams, les

126

127

128

129

thus rendered of no force or effect by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

mesures visant à réglementer la longueur des filets étaient incompatibles avec le par. 35(1) et, par conséquent, inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

130 I pause here to note that in *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. stressed the importance of taking a case-by-case approach to the interpretation of the rights involved in s. 35(1). They stated at p. 1111:

Je m'arrête ici un moment pour signaler que, dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souligné l'importance de procéder à un examen cas par cas en matière d'interprétation des droits visés par le par. 35(1). Ils ont affirmé ce qui suit, à la p. 1111:

We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

See also *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, and *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.).

Voir également *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 et *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.).

131 The Court, nevertheless, developed a basic analytical framework for constitutional claims of aboriginal right protection under s. 35(1). The test set out in *Sparrow* includes three steps, namely: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and (3) the justification of the infringement. I shall briefly discuss each of them in turn.

Notre Cour a néanmoins élaboré un cadre fondamental d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral en vertu du par. 35(1). Le test énoncé dans *Sparrow* comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte. Je vais examiner brièvement chacune de ces étapes à tour de rôle.

132 The rights of aboriginal people constitutionally protected in s. 35(1) are those in existence at the time of the enactment of the *Constitution Act, 1982*. However, the manner in which they were regulated in 1982 is irrelevant to the definition of aboriginal rights because they must be assessed in their contemporary form; aboriginal rights are not frozen in time: see *Sparrow*, at p. 1093; see also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", *supra*, Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, and William Pentney, "The Rights of the

Les droits des peuples autochtones qui sont protégés par la Constitution au par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, la façon dont ces droits étaient réglementés en 1982 n'est pas pertinente pour la définition des droits ancestraux, étant donné que ceux-ci doivent être appréciés dans leur état actuel; les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps: voir *Sparrow*, à la p. 1093; voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc. cit.*; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4

Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee” (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. The onus is on the claimant to prove that he or she benefits from an existing aboriginal right. I will return later to this first step to elaborate on the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights.

Also, the Crown could extinguish aboriginal rights by legislation prior to 1982, but its intention to do so had to be clear and plain. Therefore, the regulation of an aboriginal activity does not amount to its extinguishment (*Sparrow*, at p. 1097) and legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of aboriginal rights is not sufficient to meet the test. The “clear and plain” hurdle for extinguishment is, as a result, quite high: see *Simon*, *supra*. The onus of proving extinguishment is on the party alleging it, that is, the Crown.

As regards the second step of the *Sparrow* test, when an existing aboriginal right has been established, the claimant must demonstrate that the impugned legislation constitutes a *prima facie* infringement of the right. Put another way, the question becomes whether the legislative provision under scrutiny is in conflict with the recognized aboriginal right, either because of its object or its effects. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. provided the following guidelines, at p. 1112, regarding infringement:

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 the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their

Sup. Ct. L. Rev. 255 et William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. Il incombe au demandeur de prouver qu’il bénéficie d’un droit ancestral existant. Je reviendrai plus loin sur cette première étape pour élaborer sur l’interprétation de la nature et de l’étendue des droits ancestraux.

De plus, avant 1982, Sa Majesté pouvait éteindre des droits ancestraux par une mesure législative, mais son intention de le faire devait être claire et expresse. Par conséquent, la réglementation d’une activité autochtone n’équivaut pas à son extinction (*Sparrow*, à la p. 1097), et une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue de droits ancestraux ne suffit pas pour satisfaire au test. La condition relative à l’intention «claire et expresse» d’éteindre un droit est, en conséquence, très exigeante: voir *Simon*, précité. Le fardeau de prouver l’extinction des droits visés incombe à la partie qui l’allègue, en l’occurrence Sa Majesté.

En ce qui concerne la deuxième étape du test formulé dans *Sparrow*, une fois qu’il a établi l’existence d’un droit ancestral, le demandeur doit démontrer que la mesure législative contestée porte atteinte *prima facie* à ce droit. Autrement dit, la question est alors de savoir si la disposition législative examinée est, de par son objet ou de par ses effets, incompatible avec le droit ancestral reconnu. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé les lignes directrices suivantes relativement à la question de l’atteinte, aux pp. 1112 et 1113:

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 règlement 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. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu’il impose une restriction néfaste à

133

134

right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

135 Thirdly, after the claimant has demonstrated that the legislation in question constitutes a *prima facie* infringement of his or her aboriginal right, the onus then shifts again to the Crown to prove that the infringement is justified. Courts will be asked, at this stage, to balance and reconcile the conflicting interests of native people, on the one hand, and of the rest of Canadian society, on the other. Specifically, this last step of the *Sparrow* test requires the assessment of both the validity of the objective of the legislation and the reasonableness of the limitation.

136 As to the objective, there is no doubt that a legislative scheme aimed at conservation and management of natural resources will suffice (*Sparrow*, at p. 1113). Other legislative objectives found to be substantial and compelling, such as the security of the public, can also be valid, depending on the circumstances of each case. The notion of public interest, however, is too vague and broad to constitute a valid objective to justify the infringement of an aboriginal right (*Sparrow*, at p. 1113).

137 With respect to the reasonableness of the limits upon the existing aboriginal right, the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people have to be contemplated. At a minimum, this fiduciary duty commands that some priority be afforded to the natives in the regulatory scheme governing the activity recognized as aboriginal right: see *Sparrow*, at pp. 1115-17, also *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, and *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (N.S.C.A.).

l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

Troisièmement, après que le demandeur a établi que la mesure législative en question constitue une atteinte *prima facie* à son droit ancestral, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe alors à Sa Majesté de prouver que cette atteinte est justifiée. À cette étape, les tribunaux sont appelés à mettre en équilibre et à concilier les intérêts opposés des peuples autochtones d'une part, et ceux du reste de la société canadienne d'autre part. De façon plus particulière, il faut, au cours de la dernière étape du test établi dans *Sparrow*, apprécier la validité de l'objectif de la mesure législative ainsi que le caractère raisonnable de la restriction.

En ce qui concerne l'objectif de la mesure législative, il ne fait aucun doute que si celle-ci vise la conservation et la gestion des ressources naturelles, il s'agira là d'un objectif suffisant (*Sparrow*, à la p. 1113). D'autres objectifs législatifs jugés impérieux et réels, comme la sécurité du public, peuvent être également valides, compte tenu des circonstances de chaque cas. Cependant, la notion d'intérêt public est trop vague et générale pour constituer un objectif valide justifiant une atteinte à un droit ancestral (*Sparrow*, à la p. 1113).

En ce qui concerne le caractère raisonnable des restrictions imposées au droit ancestral existant, il faut examiner les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité de Sa Majesté envers les autochtones. Cette obligation de fiduciaire commande à tout le moins que soit accordée une certaine priorité aux autochtones dans le cadre du régime de réglementation régissant l'activité reconnue comme un droit ancestral: voir *Sparrow*, aux pp. 1115 à 1117; aussi *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294 et *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (C.A.N.-É.).

A number of other elements may have to be weighed in the assessment of justification. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. drew up the following non-exhaustive list of factors relating to justification at p. 1119:

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

In the case at bar, the issue relates only to the interpretation of the nature and extent of the Sto:lo's aboriginal right to fish and whether it includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes; i.e., the very first step of the *Sparrow* test, dealing with the assessment and definition of aboriginal rights. If it becomes necessary to proceed to extinguishment or to the questions of *prima facie* infringement and justification, the parties agreed that the case should be remitted to trial, as the summary appeal judge did, given that there is insufficient evidence to enable this Court to decide those issues.

In order to determine whether the Sto:lo benefit from an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, it is necessary to elaborate on the appropriate approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights in general. That I now propose to do.

De plus, il pourrait également être nécessaire de tenir compte d'un certain nombre d'autres éléments dans l'appréciation de la justification. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dressé une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération relativement à la justification, à la p. 1119:

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Ceci dit, la question en litige en l'espèce concerne uniquement l'interprétation de la nature et de l'étendue du droit de pêche ancestral des Sto:lo et la question de savoir si ce droit inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, c'est-à-dire la première étape même du test établi dans *Sparrow*, qui porte sur l'évaluation et la définition des droits ancestraux. S'il devient nécessaire d'examiner la question de l'extinction d'un droit ou celles de l'atteinte *prima facie* et de la justification, les parties ont convenu que, comme la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher ces questions, l'affaire devrait être renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès, comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires.

Pour déterminer si les Sto:lo bénéficient d'un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, il est nécessaire d'explicitier la méthode qu'il convient d'appliquer pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux en général. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

138

139

140

III. Interpretation of Aboriginal Rights

141 While I am in general agreement with the Chief Justice on the fundamental interpretative canons relating to aboriginal law which he discussed, the application of those rules to his definition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* does not, in my view, sufficiently reflect them. For the sake of convenience, I will summarize them here.

142 First, as with all constitutional provisions, s. 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation in order to give full effect to its purposes: see, regarding the *Constitution Act, 1867*, *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; in the context of the *Charter*, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; and, particular to aboriginal rights in s. 35(1), *Sparrow, supra*, at p. 1108, where Dickson C.J. and La Forest J. wrote that “s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content”.

143 Further, the very nature of ancient aboriginal records, such as treaties, agreements with the Crown and other documentary evidence, commands a generous interpretation, and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives: see *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, *Simon, supra*, *Horseman, supra*, *Sioui, supra*, *Sparrow, supra*, and *Mitchell, supra*; see also William Pentney, “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee”, *supra*, at p. 255.

144 Second, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal

III. Interprétation des droits ancestraux

Bien que je sois dans l'ensemble d'accord avec les règles fondamentales d'interprétation du droit relatif aux autochtones qu'a examinées le Juge en chef, l'application qu'il a fait de ces règles pour définir les droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'en tient pas suffisamment compte à mon avis. Pour plus de commodité, je vais résumer ces règles ici.

Premièrement, le par. 35(1) doit, comme toutes les autres dispositions constitutionnelles, recevoir une interprétation généreuse, large et libérale permettant la réalisation de ses objectifs: relativement à la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir les arrêts *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016, *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, dans le contexte de la *Charte*, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et en ce qui concerne tout particulièrement les droits ancestraux visés au par. 35(1), *Sparrow*, précité, à la p. 1108, où le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que «le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile».

Qui plus est, la nature même des documents autochtones anciens tels que les traités, les accords avec Sa Majesté et les autres éléments de preuve documentaire commandent une interprétation généreuse, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, *Simon*, précité, *Horseman*, précité, *Sioui*, précité, *Sparrow*, précité et *Mitchell*, précité; voir aussi William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, à la p. 255.

Deuxièmement, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté

people: see *Taylor, supra*, and *Guerin, supra*. This fiduciary obligation attaches because of the historic power and responsibility assumed by the Crown over aboriginal people. In *Sparrow, supra*, the Court succinctly captured this obligation at p. 1108:

That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

See also Alain Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

Finally, but most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. In that respect, the following remarks of Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, at p. 1112, are particularly apposite:

While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is possible, and, indeed, crucial, to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake. [Emphasis added.]

Unlike the Chief Justice, I do not think it appropriate to qualify this proposition by saying that the perspective of the common law matters as much as the perspective of the natives when defining aboriginal rights.

These principles of interpretation are important to keep in mind when determining the proper approach to the question of the nature and extent of aboriginal rights protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to which I now turn.

The starting point in contemplating whether an aboriginal practice, tradition or custom warrants

envers les autochtones: voir *Taylor et Guerin, précités*. Cette obligation de fiduciaire existe en raison du pouvoir et de la responsabilité historiques assumés par Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. Dans *Sparrow, précité*, notre Cour a exprimé succinctement cette obligation, à la p. 1108:

... savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

Voir également Alain Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

Enfin, la dernière et la plus importante de ces règles est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. À cet égard, les observations suivantes du juge en chef Dickson et du juge La Forest dans *Sparrow* sont particulièrement à propos, à la p. 1112:

S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. [Je souligne.]

Contrairement au Juge en chef, je n'estime pas approprié de restreindre la portée de cet énoncé en affirmant que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

Il faut garder ces principes d'interprétation à l'esprit en déterminant la méthode qu'il convient de suivre dans l'examen de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, question que j'aborde maintenant.

Dans *Sparrow, précité*, notre Cour a fait allusion au point de départ de l'examen de la question de

145

146

147

constitutional protection under s. 35(1) was hinted at by this Court in *Sparrow, supra*. Dickson C.J. and La Forest J. made this observation, at p. 1099, regarding the role of the fishery in Musqueam life:

The scope of the existing Musqueam right to fish must now be delineated. The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. [Emphasis added.]

savoir s'il est justifié d'accorder à une coutume, pratique ou tradition autochtone la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait l'observation suivante relativement au rôle de la pêche dans la vie des Musqueams à la p. 1099:

Il nous faut maintenant préciser la portée du droit de pêche existant des Musqueams. D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. [Je souligne.]

148 The crux of the debate at the British Columbia Court of Appeal in the present appeal, and in most of the appeals heard contemporaneously, lies in the application of this standard of "integral part of their distinctive culture" to defining the nature and extent of the particular aboriginal right claimed to be protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This broad statement of what characterizes aboriginal rights must be elaborated and made more specific so that it becomes a defining criterion. In particular, two aspects must be examined in detail, namely (1) what are the necessary characteristics of aboriginal rights, and (2) what is the period of time relevant to the assessment of such characteristics.

Characteristics of aboriginal rights

Le cœur du débat en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, ainsi que dans la plupart des appels entendus concurrentement, porte sur l'application de la norme de «la partie intégrante de la culture distinctive concernée» en vue de définir la nature et l'étendue du droit ancestral qui, prétend-on, est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet énoncé général des caractéristiques des droits ancestraux doit être précisé davantage pour devenir le test de leur définition. Deux aspects en particulier doivent être examinés en profondeur: (1) les caractéristiques nécessaires des droits ancestraux, et (2) la période pertinente pour l'appréciation de ces caractéristiques.

Les caractéristiques des droits ancestraux

149 The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Which aboriginal practices, traditions and customs warrant constitutional protection? It appears from the jurisprudence developed in the courts below (see the reasons of the British Columbia Court of Appeal and the decision in *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470) that two approaches to this difficult question have emerged. The first one, which the Chief Justice endorses, focuses on the particular aboriginal practice, tradition or custom. The second approach, more generic, describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction. For the reasons that follow, I favour the latter approach.

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Lesquelles des coutumes, pratiques et traditions autochtones nécessitent la protection de la Constitution? Deux méthodes d'analyse de cette difficile question semblent se dégager des jugements des tribunaux inférieurs (voir les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, et l'arrêt *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470). La première, à laquelle souscrit le Juge en chef, est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. La deuxième, plus générale, décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Pour les motifs qui suivent, je préfère cette deuxième méthode.

The approach based on aboriginal practices, traditions and customs considers only discrete parts of aboriginal culture, separating them from the general culture in which they are rooted. The analysis turns on the manifestations of the “integral part of [aboriginals’] distinctive culture” introduced in *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. Further, on this view, what makes aboriginal culture distinctive is that which differentiates it from non-aboriginal culture. The majority of the Court of Appeal adopted this position, as the following passage from Macfarlane J.A.’s reasons reveals (at para. 37):

What was happening in the aboriginal society before contact with the Europeans is relevant in identifying the unique traditions of the aborigines which deserved protection by the common law. It is also necessary to separate those traditions from practices which are not a unique part of Indian culture, but which are common to Indian and non-Indian alike. [Emphasis added.]

Accordingly, if an activity is integral to a culture other than that of aboriginal people, it cannot be part of aboriginal people’s distinctive culture. This approach should not be adopted for the following reasons.

First, on the pure terminology angle of the question, this position misconstrues the words “distinctive culture”, used in the above excerpt of *Sparrow*, by interpreting it as if it meant “distinct culture”. These two expressions connote quite different meanings and must not be confused. The word “distinctive” is defined in *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995) as “distinguishing, characteristic” where the word “distinct” is described as “1 (often foll. by *from*) a not identical; separate; individual. b different in kind or quality; unlike”. While “distinct” mandates comparison and evaluation from a separate vantage point, “distinctive” requires the object to be observed on its own. While describing an object’s “distinctive” qualities may entail describing how the object is different from others (i.e., “distinguishing”), there is nothing in the term that requires it to be plainly different. In fact, all that “distinctive culture” requires is the characterization of aboriginal cul-

La méthode fondée sur l’examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s’attache qu’à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isolent de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées. L’analyse porte sur les manifestations de la «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» formulée dans *Sparrow*, à la p. 1099. De plus, suivant ce point de vue, ce qui rend la culture autochtone distinctive c’est ce qui la distingue de la culture non autochtone. La Cour d’appel à la majorité a adopté ce point de vue, comme le révèle l’extrait qui suit des motifs du juge Macfarlane (au para. 37):

[TRADUCTION] Il est pertinent d’examiner ce qui se passait dans la société autochtone avant le contact avec les Européens pour établir quelles étaient les traditions uniques qui valaient d’être protégées par la common law. Il est également nécessaire de séparer ces traditions des pratiques qui ne constituent pas un aspect propre à la culture indienne, mais qui sont communes aux Indiens et aux non-Indiens. [Je souligne.]

En conséquence, si une activité fait partie intégrante d’une culture autre que celle des autochtones, elle ne peut faire partie de la culture distinctive de ceux-ci. Cette méthode ne devrait pas être adoptée, et ce pour les motifs suivants.

Premièrement, sous l’angle de pure terminologie, cette méthode décrit mal l’expression «culture distinctive» utilisée dans l’extrait précité de l’arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». Il ne faut pas confondre ces deux expressions qui ont des sens fort différents. Dans *The Concise Oxford Dictionary* (9^e éd. 1995), le terme «*distinctive*» est défini ainsi: [TRADUCTION] «ce qui distingue, une caractéristique», alors qu’on y définit de la manière suivante le mot «*distinct*»: [TRADUCTION] «1 (souvent suivi de la préposition «*de*») a qui n’est pas identique; séparé; individuel. b de qualité ou d’espèce différentes; différent». Alors que le mot «*distinct*» appelle une comparaison et une évaluation d’un point de vue particulier, le mot «*distinctive*» exige que l’objet soit observé individuellement. Même si la description des qualités «distinctives» d’un objet peut amener à décrire en quoi celui-ci diffère d’autres objets («ce qui distingue»), le mot «*distinctive*» ne demande

ture, not its differentiation from non-aboriginal cultures.

pas que l'objet soit nettement différent. De fait, tout ce qu'exige l'expression «culture distinctive» c'est que l'on caractérise la culture autochtone et non qu'on la différencie des cultures non autochtones.

152 While the Chief Justice recognizes the difference between "distinctive" and "distinct", he applies it only as regards the manifestations of the distinctive aboriginal culture, i.e., the individualized practices, traditions and customs of a particular group of aboriginal people. As I will examine in more detail in a moment, the "distinctive" aboriginal culture has, in my view, a generic and much broader application.

Bien que le Juge en chef reconnaisse la différence entre les mots «*distinctive*» et «*distinct*», il n'applique cette différence qu'à l'égard des manifestations de la culture autochtone distinctive, c'est-à-dire les coutumes, pratiques et traditions propres à un groupe particulier d'autochtones. Comme je vais l'examiner plus en détail dans un moment, l'expression culture autochtone «distinctive» a, à mon avis, une application générale et beaucoup plus large.

153 Second, holding that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures must necessarily be non-aboriginal and thus not aboriginal for the purpose of s. 35(1) is, to say the least, an overly majoritarian approach. This is diametrically opposed to the view propounded in *Sparrow*, *supra*, that the interpretation of aboriginal rights be informed by the fiduciary responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people as well as by the aboriginal perspective on the meaning of the rights. Such considerations command that practices, traditions and customs which characterize aboriginal societies as the original occupiers and users of Canadian lands be protected, despite their common features with non-aboriginal societies.

Deuxièmement, affirmer que ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est nécessairement non autochtone et donc non ancestral pour l'application du par. 35(1) est, pour le moins, une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Cette conception est diamétralement opposée au point de vue avancé dans *Sparrow*, précité, suivant lequel l'interprétation des droits ancestraux doit tenir compte de la responsabilité de fiduciaire de Sa Majesté *vis-à-vis* les peuples autochtones, ainsi que de la perspective autochtone quant à la signification des droits en cause. Ces considérations exigent que soient protégées, malgré leurs points communs avec les sociétés non autochtones, les coutumes, pratiques et traditions qui caractérisent les sociétés autochtones en tant que premiers occupants et usagers du territoire canadien.

154 Finally, an approach based on a dichotomy between aboriginal and non-aboriginal practices, traditions and customs literally amounts to defining aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away. Such a strict construction of constitutionally protected aboriginal rights flies in the face of the generous, large and liberal interpretation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* advocated in *Sparrow*.

Enfin, une analyse fondée sur la dichotomie entre les coutumes, pratiques et traditions autochtones et non autochtones revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones. Une interprétation aussi rigide des droits ancestraux protégés par la Constitution est contraire à l'interprétation généreuse, large et libérale du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* préconisée dans *Sparrow*.

A better approach, in my view, is to examine the question of the nature and extent of aboriginal rights from a certain level of abstraction and generality.

A generic approach to defining the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that the notion of “integral part of [aboriginals’] distinctive culture” constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Instead of focusing on a particular practice, tradition or custom, this conception refers to a more abstract and profound concept. In fact, similar to the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, aboriginal rights protected under s. 35(1) should be contemplated on a multi-layered or multi-faceted basis: see Andrea Bowker, “*Sparrow’s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal*” (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, at pp. 28-29.

Accordingly, s. 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, traditions or customs, as the Chief Justice does, but the “distinctive culture” of which aboriginal activities are manifestations. Simply put, the emphasis would be on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves.

Although I do not claim to examine the question in terms of liberal enlightenment, an analogy with freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter* will illustrate this position. Section 2(b) of the *Charter* does not refer to an explicit catalogue of protected expressive activities, such as political speech, commercial expression or picketing, but involves rather the protection of the ability to express: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, *Keegstra, supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, and *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. In other words, the constitutional guarantee of

À mon avis, il vaut mieux examiner la question de la nature et de l’étendue des droits ancestraux à partir d’un certain degré d’abstraction et de généralité.

L’application d’une analyse générale pour définir la nature et l’étendue des droits ancestraux repose sur le principe que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l’objet du par. 35(1). Au lieu de mettre l’accent sur une coutume, pratique ou tradition particulière, ce principe renvoie à un concept plus abstrait et plus profond. De fait, à l’instar des valeurs constitutionnalisées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits ancestraux protégés au par. 35(1) devraient être examinés au moyen d’une analyse tenant compte d’une multiplicité d’aspects ou de facettes: voir Andrea Bowker, «*Sparrow’s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal*» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, aux pp. 28 et 29.

En conséquence, il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, comme le soutient le Juge en chef, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. Bref, l’accent serait mis sur l’importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes.

Même si je ne prétends pas examiner la question selon la philosophie libérale des Lumières, une analogie avec la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte* permettra d’illustrer cette position. L’alinéa 2b) de la *Charte* ne dresse pas une liste précise de formes d’expression protégées, comme le discours politique, l’expression commerciale ou le piquetage, mais il vise plutôt à protéger la capacité de s’exprimer: voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. En d’autres mots, la liberté d’expres-

155

156

157

158

freedom of expression is conceptualized, not as protecting the possible manifestations of expression, but as preserving the fundamental purposes for which one may express oneself, i.e., the rationales supporting freedom of expression.

159 Similarly, aboriginal practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be characterized by referring to the fundamental purposes for which aboriginal rights were entrenched in the *Constitution Act, 1982*. As I have already noted elsewhere, s. 35(1) constitutionalizes the common law doctrine of aboriginal rights which recognizes aboriginal interests arising out of the historic occupation and use of ancestral lands by natives. This, in my view, is how the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture" should be contemplated. The "distinctive aboriginal culture" must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and *Guerin*, *supra*, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was).

160 This rationale should inform the characterization of aboriginal activities which warrant constitutional protection as aboriginal rights. The practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be those that are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. See *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra*, at pp. 646-47, *per* Lambert J.A., dissenting; see also Asch and Macklem, "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*", *supra*, at p. 505, and Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 258-59.

161 Put another way, the aboriginal practices, traditions and customs which form the core of the lives

sion garantie par la Constitution est conceptualisée non pas comme une façon de protéger les manifestations possibles de cette liberté, mais plutôt comme un moyen de préserver les raisons fondamentales pour lesquelles une personne s'exprime, c'est-à-dire, les motifs qui sont le fondement de la liberté d'expression.

De même, les coutumes, pratiques et traditions autochtones protégées en vertu du par. 35(1) devraient être caractérisées au regard des objets fondamentaux de la constitutionnalisation des droits ancestraux dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 35(1) constitutionnalise la doctrine de common law des droits ancestraux, qui reconnaît les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales. À mon avis, c'est ainsi que devrait être envisagée la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive». L'expression «culture autochtone distinctive» doit être considérée comme tenant compte du fait que, en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson J. (plus tard Juge en chef).

Ce raisonnement devrait être appliqué dans la caractérisation des activités autochtones qui commandent la protection de la Constitution en tant que droits ancestraux. Les coutumes, pratiques et traditions protégées en vertu du par. 35(1) devraient être celles qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. Voir *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, aux pp. 646 et 647, le juge Lambert, dissident; voir aussi Asch et Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 505 et Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 258 et 259.

En d'autres mots, les coutumes, pratiques et traditions qui sont au centre de la vie des peuples

of native people and which provide them with a way and means of living as an organized society will fall within the scope of the constitutional protection under s. 35(1). This was described by Lambert J.A., dissenting at the Court of Appeal, as the "social" form of description of aboriginal rights (see para. 140), a formulation the Chief Justice rejects. Lambert J.A. distinguished these aboriginal activities from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree with this description which, although flexible, provides a defining criterion for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights and, contrary to what my colleague McLachlin J. suggests, does not suffer from vagueness or overbreadth, as defined by this Court (see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, and *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031).

Further comments regarding this approach are in order. The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, traditions and customs which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). Further, a generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. Finally, it is almost trite to say that what constitutes a practice, tradition or custom distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people, not through those of the non-native majority or the distorting lens of existing regulations.

It is necessary to discuss at this point the period of time relevant to the assessment of the practices,

autochtones et qui leur assurent les moyens de vivre en société organisée relèveront du champ d'application de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). C'est ce que le juge Lambert, dans sa dissidence en Cour d'appel, a décrit comme étant la forme «sociale» de description des droits ancestraux (au par. 140), énoncé que rejette le Juge en chef. Le juge Lambert a distingué ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d'accord avec cette description qui, quoique souple, constitue un critère qui délimite l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux, et qui, contrairement à ce qu'affirme ma collègue le juge McLachlin, ne souffre pas d'imprécision et n'a pas une portée excessive, suivant le sens donné à ces termes par notre Cour (voir les arrêts *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 et *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031).

D'autres commentaires s'imposent relativement à cette analyse. Le test de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Enfin, c'est presque un truisme de dire que ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones, plutôt qu'avec ceux de la majorité non autochtone ou encore à travers le prisme déformant des règlements existants.

Il faut maintenant examiner la question de la période pertinente pour apprécier les coutumes,

traditions and customs which form part of the distinctive culture of a particular group of aboriginal people.

Period of time relevant to aboriginal rights

164 The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, tradition or custom has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Here, again, two basic approaches have been advocated in the courts below (see the decisions of the British Columbia Court of Appeal in this case, and in *Delgamuukw v. British Columbia, supra*), namely the “frozen right” approach and the “dynamic right” approach. An examination of each will show that the latter view is to be preferred.

165 The “frozen right” approach would recognize practices, traditions and customs — forming an integral part of a distinctive aboriginal culture — which have long been in existence at the time of British sovereignty: see Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at pp. 758-59. This requires the aboriginal right claimant to prove two elements: (1) that the aboriginal activity has continuously existed for “time immemorial”, and (2) that it predated the assertion of sovereignty. Defining existing aboriginal rights by referring to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs implies that aboriginal culture was crystallized in some sort of “aboriginal time” prior to the arrival of Europeans. Contrary to the Chief Justice, I do not believe that this approach should be adopted, for the following reasons.

166 First, relying on the proclamation of sovereignty by the British imperial power as the “cut-off” for the development of aboriginal practices, traditions and customs overstates the impact of European influence on aboriginal communities: see Bowker,

pratiques et traditions qui font partie de la culture distinctive d'un groupe particulier d'autochtones.

Période pertinente pour l'examen des droits ancestraux

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Une fois encore, deux méthodes principales ont été préconisées devant les tribunaux inférieurs (voir les arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et dans *Delgamuukw c. British Columbia, précité*): la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». L'examen de chacune de ces méthodes démontrera qu'il y a lieu de préférer la dernière.

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions — faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — qui existaient depuis longtemps au moment de la souveraineté britannique: voir Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 758 et 759. Il s'ensuit que la personne qui revendique les droits ancestraux doit prouver deux choses: (1) que l'activité autochtone existe «de temps immémorial», et (2) qu'elle existait avant l'affirmation de la souveraineté. Déterminer les droits ancestraux existants en fonction des coutumes, pratiques et traditions antérieures au contact avec les Européens ou à l'affirmation de la souveraineté britannique sous-entend que la culture autochtone s'est cristallisée au cours d'une sorte d'«époque aborigène», avant l'arrivée des Européens. Contrairement au Juge en chef, je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu'il y a lieu d'adopter cette méthode.

Premièrement, le fait de s'appuyer sur la proclamation de souveraineté par l'empire britannique comme «date limite» de formation des coutumes, pratiques et traditions autochtones exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collecti-

“*Sparrow*’s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal”, *supra*, at p. 22. From the native people’s perspective, the coming of the settlers constitutes one of many factors, though a very significant one, involved in their continuing societal change and evolution. Taking British sovereignty as the turning point in aboriginal culture assumes that everything that the natives did after that date was not sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization. This is no doubt contrary to the perspective of aboriginal people as to the significance of European arrival on their rights.

Second, crystallizing aboriginal practices, traditions and customs at the time of British sovereignty creates an arbitrary date for assessing existing aboriginal rights: see Sébastien Grammond, “La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l’arrêt *Sparrow*” (1991), 36 *McGill L.J.* 1382, at pp. 1403–4. In effect, how would one determine the crucial date of sovereignty for the purpose of s. 35(1)? Is it the very first European contacts with native societies, at the time of the Cabot, Verrazzano and Cartier voyages? Is it at a later date, when permanent European settlements were founded in the early seventeenth century? In British Columbia, did sovereignty occur in 1846 — the year in which the *Oregon Boundary Treaty, 1846* was concluded — as held by the Court of Appeal for the purposes of this litigation? No matter how the deciding date is agreed upon, it will not be consistent with the aboriginal view regarding the effect of the coming of Europeans.

As a third point, in terms of proof, the “frozen right” approach imposes a heavy and unfair burden on the natives: the claimant of an aboriginal right must prove that the aboriginal practice, tradition or custom is not only sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group, but has also been continuously in existence, but as the Chief Justice stresses,

vités autochtones: voir Bowker, «*Sparrow*’s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 22. Du point de vue des autochtones, l’arrivée des colons est un des nombreux facteurs — facteur très important évidemment — qui ont marqué l’évolution constante de leur société. Le fait de considérer la souveraineté britannique comme le point tournant de la culture autochtone suppose que tout ce que les autochtones ont fait après cette date n’était pas suffisamment important et fondamental pour leur culture et leur organisation sociale. Cette prémisse est sans aucun doute à l’opposé du point de vue des autochtones sur l’importance qu’a eue l’arrivée des Européens sur leurs droits.

Deuxièmement, la cristallisation des coutumes, pratiques et traditions autochtones au moment de la souveraineté britannique a pour effet de fixer une date arbitraire pour l’appréciation des droits ancestraux existants: voir Sébastien Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l’arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382, aux pp. 1403 et 1404. En effet, comment déterminerait-on la date cruciale de la souveraineté pour l’application du par. 35(1)? S’agit-il des tout premiers contacts entre les Européens et les sociétés autochtones, à l’époque des voyages de Cabot, de Verrazzano et de Cartier? Est-ce plutôt à une date ultérieure, à la date de la fondation des colonies européennes permanentes au début du XVII^e siècle? En Colombie-Britannique, la souveraineté est-elle survenue en 1846 — année de la signature du *Traité Oregon* — comme l’a conclu la Cour d’appel en l’espèce? Peu importe la façon dont on convient de la date déterminante, celle-ci sera incompatible avec le point de vue des autochtones sur l’effet de la venue des Européens.

Troisièmement, sur le plan de la preuve, la méthode fondée sur les «droits figés» impose aux autochtones un fardeau lourd et injuste. En effet, le demandeur qui revendique un droit ancestral doit prouver que la coutume, pratique ou tradition autochtone est non seulement suffisamment importante et fondamentale pour l’organisation sociale et la culture du groupe autochtone, mais aussi qu’elle

even if interrupted for a certain length of time, for an indeterminate long period of time prior to British sovereignty. This test embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society. It forces the claimant to embark upon a search for a pristine aboriginal society and to prove the continuous existence of the activity for "time immemorial" before the arrival of Europeans. This, to say the least, constitutes a harsh burden of proof, which the relaxation of evidentiary standards suggested by the Chief Justice is insufficient to attenuate. In fact, it is contrary to the interpretative approach propounded by this Court in *Sparrow*, *supra*, which commands a purposive, liberal and favourable construction of aboriginal rights.

a existé de façon ininterrompue pendant une longue période indéterminée avant la souveraineté britannique, quoique, comme le souligne le Juge en chef, il ait pu y avoir interruption pendant un certain temps. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones. Il oblige le demandeur à se lancer à la recherche d'une société autochtone originale et à prouver que l'activité existait «de temps immémorial» avant l'arrivée des Européens. Il s'agit là, pour le moins, d'un fardeau de preuve exigeant, que l'assouplissement des normes de preuve suggéré par le Juge en chef ne permet pas d'atténuer. De fait, ce critère va à l'encontre de la méthode d'interprétation avancée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, qui commande une interprétation des droits ancestraux libérale, favorable et fondée sur l'objet.

169 Moreover, when examining the wording of the constitutional provisions regarding aboriginal rights, it appears that the protection should not be limited to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs. Section 35(2) of the *Constitution Act, 1982* provides that the "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada" (emphasis added). Obviously, there were no Métis people prior to contact with Europeans as the Métis are the result of intermarriage between natives and Europeans: see Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 272-74. Section 35(2) makes it clear that aboriginal rights are indeed guaranteed to Métis people. As a result, according to the text of the Constitution of Canada, it must be possible for aboriginal rights to arise after British sovereignty, so that Métis people can benefit from the constitutional protection of s. 35(1). The case-by-case application of s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* proposed by the Chief Justice does not address the issue of the interpretation of s. 35(2).

De plus, l'examen du texte des dispositions constitutionnelles concernant les droits ancestraux tend à indiquer que la protection ne devrait pas s'appliquer uniquement aux coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté. En effet, le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit que l'expression ««peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada» (je souligne). Il n'existait évidemment pas de Métis avant le contact avec les Européens, puisque les premiers sont issus de mariages entre autochtones et Européens: voir Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 272 à 274. Le paragraphe 35(2) indique clairement que les droits ancestraux sont effectivement garantis aux Métis. En conséquence, selon le texte de la Constitution du Canada, il faut que des droits ancestraux puissent être nés après l'affirmation de la souveraineté britannique pour que les Métis puissent bénéficier de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). L'application cas par cas du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que propose le Juge en chef ne règle pas la question de l'interprétation de cette disposition.

Finally, the “frozen right” approach is inconsistent with the position taken by this Court in *Sparrow*, supra, which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982. The following passage from Dickson C.J. and La Forest J.’s reasons makes this point (at p. 1093):

Far from being defined according to the regulatory scheme in place in 1982, the phrase “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery’s expression, in “Understanding Aboriginal Rights,” supra, at p. 782, the word “existing” suggests that those rights are “affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour”. Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate “frozen rights” must be rejected. [Emphasis added.]

This broad proposition should be taken to relate, not only to the meaning of the word “existing” found in s. 35(1), but also to the more fundamental question of the time at which the content of the rights themselves is determined. Accordingly, the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights must “permit their evolution over time”.

The foregoing discussion shows that the “frozen right” approach to defining aboriginal rights as to their nature and extent involves several important restrictions and disadvantages. A better position, in my view, would be evolutive in character and give weight to the perspective of aboriginal people. As the following analysis will demonstrate, a “dynamic right” approach to the question will achieve these objectives.

The “dynamic right” approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that “the phrase ‘existing aboriginal rights’ must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time” (*Sparrow*, at p. 1093). According to this view, aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary rele-

Enfin, la méthode fondée sur les «droits figés» est incompatible avec la position adoptée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, où elle a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982. L’extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest exprime ce point (à la p. 1093):

Loin d’être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l’expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d’évoluer avec le temps. Pour reprendre l’expression du professeur Slattery, dans “Understanding Aboriginal Rights,” précité, à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leur simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu’il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés». [Je souligne.]

Cette proposition générale doit être considérée comme visant non seulement le sens du mot «existants» qui figure au par. 35(1), mais aussi la question plus fondamentale de la période servant à la détermination du contenu des droits eux-mêmes. En conséquence, l’interprétation de la nature et de l’étendue des droits ancestraux doit «permettre leur évolution dans le temps».

Il ressort de l’examen qui précède que l’application de la méthode fondée sur les «droits figés», afin de définir la nature et l’étendue des droits ancestraux, comporte plusieurs restrictions et inconvénients importants. À mon avis, une meilleure méthode en serait une qui tiendrait compte de l’évolution des droits et de la perspective autochtone. Comme le démontrera l’analyse qui suit, l’application d’une méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» permettra d’atteindre ces objectifs.

L’interprétation de la nature et de l’étendue des droits ancestraux par la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que «l’expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d’évoluer avec le temps» (*Sparrow*, à la p. 1093). Selon ce principe,

170

171

172

vance in relation to the needs of the natives as their practices, traditions and customs change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality.

il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue.

173 Distinctive aboriginal culture would not be frozen as of any particular time but would evolve so that aboriginal practices, traditions and customs maintain a continuing relevance to the aboriginal societies as these societies exist in the contemporary world. Instead of considering it as the turning point in aboriginal culture, British sovereignty would be regarded as having recognized and affirmed practices, traditions and customs which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity", founded in British imperial constitutional law, to the effect that when new territory is acquired the *lex loci* of organized societies, here the aboriginal societies, continues at common law.

La culture autochtone distinctive ne serait pas figée à un moment donné, mais elle évoluerait, de sorte que les coutumes, pratiques et traditions conserveraient leur pertinence pour les sociétés autochtones qui vivent dans le monde d'aujourd'hui. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la [TRANSDUCTION] «doctrine de la continuité», fondée sur le droit constitutionnel impérial britannique et selon laquelle, en cas d'acquisition de nouveaux territoires, la *lex loci* des sociétés organisées, en l'occurrence les sociétés autochtones, continue de s'appliquer en vertu de la common law.

174 See, on the doctrine of continuity in general, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, at p. 51, Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), at p. 119, and Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, at pp. 3-274. See also, in the context of Canadian aboriginal law, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, Lafontaine, "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones", *supra*, at p. 719; and Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit

Voir, sur la doctrine de la continuité en général, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, à la p. 51; Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), à la p. 119; et Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, aux pp. 3 à 274. Voir aussi dans le contexte du droit canadien en matière autochtone, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350; Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», *loc. cit.*, à la p. 719; et Émond, «Le sable

inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale", *supra*, at p. 96.

Consequently, in order for an aboriginal right to be recognized and affirmed under s. 35(1), it is not imperative for the practices, traditions and customs to have existed prior to British sovereignty and, a fortiori, prior to European contact, which is the cut-off date favoured by the Chief Justice. Rather, the determining factor should only be that the aboriginal activity has formed an integral part of a distinctive aboriginal culture — i.e., to have been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group — for a substantial continuous period of time as defined above.

Such a temporal requirement is less stringent than the "time immemorial" criterion developed in the context of aboriginal title: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia, supra*; and, *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development, supra*; see also Grammond, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*", *supra*, at p. 1394. This qualification of the time immemorial test finds support in the *obiter dicta* of this Court in *Sparrow, supra*, at p. 1095, regarding the Musqueam Band's aboriginal right to fish:

It is true that for the period from 1867 to 1961 the evidence is scanty. But the evidence was not disputed or contradicted in the courts below and there is evidence of sufficient continuity of the right to support the Court of Appeal's finding, and we would not disturb it. [Emphasis added.]

The substantial continuous period of time for which the aboriginal practice, tradition or custom must have been engaged in will depend on the circumstances and on the nature of the aboriginal right claimed. However, as proposed by Professor Slattery, in "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 758, in the context of aboriginal title, "in most cases a period of some twenty to fifty years would seem adequate". This, in my view, should constitute a reference period to determine

dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale», *loc. cit.*, à la p. 96.

En conséquence, pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé en vertu du par. 35(1), il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique et, a fortiori, avant le contact avec les Européens, date limite préconisée par le Juge en chef. De fait, le facteur déterminant devrait uniquement être le fait que l'activité autochtone ait fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — c'est-à-dire avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone visé — pendant une période considérable et ininterrompue, au sens indiqué précédemment.

Cette exigence temporelle est moins rigoureuse que le critère du «temps immémorial» fixé dans le contexte du titre aborigène: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, précité; voir aussi Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 1394. Cette réserve apportée au critère du temps immémorial trouve appui dans les *obiter dicta* de notre Cour dans *Sparrow*, précité, à la p. 1095, relativement au droit de pêche ancestral de la bande des Musqueams:

Il est vrai qu'en ce qui concerne la période de 1867 à 1961 la preuve est sommaire. Mais la preuve n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure et il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier la conclusion de la Cour d'appel et nous n'y toucherons pas. [Je souligne.]

En ce qui concerne la période considérable et ininterrompue au cours de laquelle la coutume, pratique ou tradition doit avoir été suivie, elle dépendra des circonstances et de la nature du droit ancestral revendiqué. Cependant, comme l'a proposé le professeur Slattery dans «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 758, à l'égard du titre aborigène, [TRADUCTION] «dans la plupart des cas, il semble qu'une période de vingt à cinquante ans serait suffisante». Cette période devrait,

175

176

177

whether an aboriginal activity has been in existence for long enough to warrant constitutional protection under s. 35(1).

178 In short, the substantial continuous period of time necessary to the recognition of aboriginal rights should be assessed based on (1) the type of aboriginal practices, traditions and customs, (2) the particular aboriginal culture and society, and (3) the reference period of 20 to 50 years. Such a time frame does not minimize the fact that in order to benefit from s. 35(1) protection, aboriginal activities must still form the core of the lives of native people; this surely cannot be characterized as an extreme position, as my colleague Justice McLachlin affirms.

179 The most appreciable advantage of the "dynamic right" approach to defining the nature and extent of aboriginal rights is the proper consideration given to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights. It recognizes that distinctive aboriginal culture is not a reality of the past, preserved and exhibited in a museum, but a characteristic that has evolved with the natives as they have changed, modernized and flourished over time, along with the rest of Canadian society. This, in the aboriginal people's perspective, is no doubt the true sense of the constitutional protection provided to aboriginal rights through s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Summary

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,

à mon avis, constituer la période de référence pour déterminer si une activité autochtone existe depuis assez longtemps pour justifier que lui soit accordée la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1).

Bref, la période considérable et ininterrompue nécessaire pour la reconnaissance des droits ancestraux devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Une telle période ne minimise pas le fait que, pour profiter de la protection du par. 35(1), les activités autochtones visées doivent être au centre de la vie des autochtones concernés. Une telle position ne peut certainement pas être qualifiée d'extrême, comme l'affirme ma collègue madame le juge McLachlin.

L'avantage le plus appréciable de la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux est qu'elle permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants. Elle reconnaît que la culture autochtone distinctive n'est pas une chose du passé, préservée et exposée dans un musée, mais bien une caractéristique qui a évolué en même temps que les autochtones, au fur et à mesure que ceux-ci ont changé, se sont modernisés et ont prospéré au fil du temps, parallèlement au reste de la société canadienne. Voilà manifestement quel est, du point de vue des autochtones, le sens véritable de la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Résumé

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

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.

This approach being set out, I will turn to the specific issue raised by this case, namely whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Before examining the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo people in that respect, a brief review of the case law on aboriginal trade activities, which shows that aboriginal practices, traditions and customs can have different purposes, will be helpful to delineate the issue at bar.

IV. Case Law on Aboriginal Trade Activities

At the British Columbia Court of Appeal, the majority framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. Macfarlane J.A. put the question that way because "[i]n essence, [this case] is about an asserted Indian right to sell fish allocated for food purposes on a commercial basis" (see para. 30). I leave aside for the moment the delineation of the aboriginal right claimed in this case in order, first, to examine the case law on treaty and aboriginal rights regarding trade to demonstrate that there is an important distinction to be drawn between, on the one hand, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes and,

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.

Après avoir exposé cette méthode, je vais maintenant aborder la question précise qui se soulève en l'espèce. Est-ce que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance? Avant d'examiner la culture autochtone distinctive des Sto:lo à cet égard, il est utile, pour bien cerner la question en litige, de passer brièvement en revue la jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones, jurisprudence qui montre que les coutumes, pratiques et traditions autochtones peuvent avoir des fins différentes.

IV. La jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a indiqué que la question en litige était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Le juge Macfarlane a formulé la question en ces termes parce que [TRADUCTION] «[e]ssentiellement, [la présente affaire] porte sur la revendication par des Indiens du droit de vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires» (par. 30). Je laisse de côté pour le moment la définition du droit ancestral revendiqué en l'espèce afin d'examiner la jurisprudence relative aux droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges pour montrer qu'il faut faire une distinction importante entre, d'une part,

181

182

on the other, the sale, trade and barter of fish for purely commercial purposes.

la vente, l'échange et le troc de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales.

183 This Court, in *Sparrow*, *supra*, proposed to leave to another day the discussion of commercial aspects of the right to fish, since (at p. 1101) "the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes" (emphasis added). Accordingly, Dickson C.J. and La Forest J. confined their reasons to the aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes. In so doing, however, it appears that they implicitly distinguished between (1) the right to fish for food, social and ceremonial purposes (which was recognized for the Musqueam Band), (2) the right to fish for livelihood, support and sustenance purposes, and (3) the right to fish for purely commercial purposes (see *Sparrow*, at pp. 1100-1101). The differentiation between the last two classes of purposes, which is of key interest here, was discussed and elaborated upon by Wilson J. in *Horseman*, *supra*.

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a remis à une autre occasion l'examen des aspects commerciaux du droit de pêche, puisque cette (à la p. 1101) «affaire n'a[vait] pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance» (je souligne). En conséquence, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont limité leurs motifs au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Cependant, ce faisant, ils semblent avoir implicitement établi une distinction entre (1) le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (qui a été reconnu à la bande des Musqueams), (2) le droit de pêcher à des fins de subsistance, et (3) le droit de pêcher à des fins purement commerciales (voir *Sparrow*, aux pp. 1100 et 1101). La distinction entre ces deux dernières catégories, qui revêt une importance capitale en l'espèce, a été examinée et précisée par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Horseman*, précité.

184 In *Horseman*, this Court examined the scope of the Horse Lakes Indian Band's right to hunt under *Treaty No. 8*, 1899, as amended by the *Natural Resources Transfer Agreement*, 1930 (Alberta) ("NRTA"). In that case, the appellant, Bert Horseman, was charged with the offence of unlawfully "trafficking" in wildlife, contrary to s. 42 of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9, which was defined as "any single act of selling, offering for sale, buying, bartering, soliciting or trading". The appellant had killed a grizzly bear in self-defence, while legally hunting moose for food, and he sold the bear hide because he was in need of money to support his family. Horseman argued that the *Wildlife Act* did not apply to him because he was within his *Treaty No. 8* rights when he sold the grizzly hide.

Dans *Horseman*, notre Cour a examiné la portée du droit de chasse de la bande indienne de Horse Lakes en vertu du *Traité n° 8*, 1899, modifié par la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* de 1930 (Alberta) (la «Convention»). Dans cette affaire, l'appelant, Bert Horseman, avait été accusé d'avoir illégalement [TRADUCTION] «fait le trafic» d'un animal sauvage en contravention de l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, infraction définie comme étant [TRADUCTION] «le fait de vendre, d'acheter, de troquer, de solliciter ou d'échanger». L'appelant a, dans un acte de légitime défense, tué un grizzli pendant qu'il chassait légalement l'orignal pour se nourrir. Il a par la suite vendu la peau du grizzli, car il avait besoin d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille. Horseman a plaidé que la *Wildlife Act* ne s'appliquait pas à lui parce qu'il avait exercé des droits que lui conférait le *Traité n° 8* quand il a vendu la peau de l'ours.

185 Cory J. (Lamer, La Forest and Gonthier JJ. concurring), for the majority, held that the *Treaty*

Le juge Cory (avec l'appui des juges Lamer, La Forest et Gonthier), s'exprimant au nom de la

No. 8 right to hunt generally has been circumscribed by the *NRTA* to the right to hunt for "food" only. He made it clear, however, that before the *NRTA* (1930), the Horse Lakes people had the right to hunt for commercial purposes under *Treaty No. 8* (at pp. 928-29):

The economy of the Indian population at the time of the Treaty had clearly evolved to such a degree that hunting and fishing for commercial purposes was an integral part of their way of life.

I am in complete agreement with the finding of the trial judge that the original Treaty right clearly included hunting for purposes of commerce. The next question that must be resolved is whether or not that right was in any way limited or affected by the Transfer Agreement of 1930. [Emphasis added.]

This passage recognizes that the practices, traditions and customs of the Horse Lakes people were not frozen at the time of British sovereignty and that when *Treaty No. 8* was concluded in 1899, their activities had evolved so that commercial hunting and fishing formed an "integral part" of their culture and society.

Furthermore, Cory J. upheld the findings of the courts below that the sale of the grizzly hide constituted a commercial hunting activity which, as a consequence, fell outside the ambit of the treaty rights to hunt. He wrote at p. 936:

It has been seen that the Treaty No. 8 hunting rights have been limited by the provisions of the 1930 Transfer Agreement to the right to hunt for food, that is to say, for sustenance for the individual Indian or the Indian's family. In the case at bar the sale of the bear hide was part of a "multi-stage process" whereby the product was sold to obtain funds for purposes which might include purchasing food for nourishment. The courts below correctly found that the sale of the bear hide constituted a hunting activity that had ceased to be that of hunting "for food" but rather was an act of commerce. As a result it was no longer a right protected by Treaty No. 8, as amended by the 1930 Transfer Agreement. [Emphasis added.]

majorité, a statué que la *Convention* avait limité le droit général de chasse énoncé au *Traité n° 8* au droit de chasser pour «se nourrir» seulement. Cependant, il a clairement indiqué que, avant la *Convention* (1930), les Indiens de Horse Lakes avaient le droit de chasser à des fins commerciales en vertu du *Traité n° 8* (aux pp. 928 et 929):

De toute évidence, au moment de la signature du traité, l'économie de la population indienne avait évolué au point où la chasse et la pêche à des fins commerciales faisaient partie intégrante du mode de vie des Indiens.

Je souscris entièrement à la conclusion du juge de première instance que le droit initial conféré par le traité comprenait manifestement la chasse à des fins du commerce. La prochaine question à laquelle il faut répondre est de savoir si ce droit a été de quelque manière limité ou modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Ce passage reconnaît le fait que les coutumes, pratiques et traditions des Indiens de Horse Lakes n'ont pas été figées au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, et que leurs activités avaient, lors de la signature du *Traité n° 8* en 1899, évolué au point où la chasse et la pêche commerciales faisaient «partie intégrante» de leur culture et de leur société.

En outre, le juge Cory a confirmé les conclusions des tribunaux inférieurs que la vente de la peau du grizzly constituait une activité de chasse commerciale qui, en conséquence, n'était pas visée par les droits de chasse conférés par le Traité. Il a écrit ceci, à la p. 936:

Nous avons constaté que la Convention de transfert de 1930 a limité les droits de chasse conférés par le Traité n° 8 au droit de chasser pour se nourrir, c'est-à-dire pour la subsistance de l'Indien ou de sa famille. En l'espèce, la vente de la peau de l'ours s'inscrivait dans un «processus à plusieurs étapes», la vente ayant pour but l'obtention d'argent pour des fins pouvant comprendre l'achat de denrées alimentaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, à juste titre, que la vente de la peau de l'ours constituait un acte relié à la chasse qui n'était plus de la chasse «pour se nourrir», mais plutôt un acte de commerce. Il ne s'agissait plus en conséquence d'un droit protégé par le Traité n° 8, modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Cory J. concluded that the *Wildlife Act* applied and found the appellant guilty of unlawfully trafficking in wildlife.

Le juge Cory a conclu que la *Wildlife Act* s'appliquait et il a déclaré l'appelant coupable d'avoir illégalement fait le trafic d'un animal sauvage.

187 Wilson J. (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé J. concurring), dissenting, was of the view that, from an aboriginal perspective, a simple dichotomy between hunting for domestic use and hunting for commercial purposes should not be determinative of the treaty rights. Rather, *Treaty No. 8* and the *NRTA* should be interpreted so as to preserve the Crown's commitment to respecting the lifestyle of the Horse Lakes people and the way in which they had traditionally pursued their livelihood.

Le juge Wilson (avec l'appui du juge en chef Dickson et de moi-même), dissidente, était d'avis que, du point de vue des autochtones, la simple dichotomie entre la chasse pratiquée pour subvenir à des besoins domestiques et celle pratiquée à des fins commerciales ne devrait pas être déterminante en ce qui concerne les droits issus de traités. Le *Traité n° 8* et la *Convention* devaient plutôt être interprétés de façon à préserver l'engagement solennel que Sa Majesté avait pris de respecter le mode de vie des Indiens de Horse Lakes et la façon dont ceux-ci avaient traditionnellement gagné leur vie.

188 Contrary to Cory J., Wilson J. held that the words "for food" in the *NRTA* did not have the effect of placing substantial limits on the range of hunting activities permitted under *Treaty No. 8*. After reviewing the decisions of this Court in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, and *Moosehunter*, *supra*, Wilson J. found that the treaty right to hunt "for food" amounted to a right to hunt for support and sustenance. She explained her view as follows, at p. 919:

Contrairement au juge Cory, le juge Wilson a statué que l'expression «pour se nourrir» dans la *Convention* n'avait pas eu pour effet d'imposer des limites importantes à l'étendue des pratiques de chasse autorisées par le *Traité n° 8*. Après avoir examiné les arrêts de notre Cour *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, et *Moosehunter*, précité, le juge Wilson a conclu que le droit de chasser «pour se nourrir» prévu au *Traité* équivalait à un droit de chasse à des fins de subsistance. Elle a expliqué ainsi son point de vue, à la p. 919:

And if we are to give para. 12 [of the *NRTA*] the "broad and liberal" construction called for in *Sutherland*, a construction that reflects the principle enunciated in *Nowegijick* and *Simon* that statutes relating to Indians must be given a "fair, large and liberal construction", then we should be prepared to accept that the range of activity encompassed by the term "for food" extends to hunting for "support and subsistence", i.e. hunting not only for direct consumption but also hunting in order to exchange the product of the hunt for other items as was their wont, as opposed to purely commercial or sport hunting.

Et si nous voulons donner à l'art. 12 [de la *Convention*] l'interprétation «large et libérale» qu'exige l'arrêt *Sutherland*, une interprétation qui reflète le principe énoncé dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* que les lois relatives aux Indiens doivent être «interprétées de façon juste, large et libérale», nous devrions alors être prêts à accepter que l'étendue des activités visées par l'expression «pour se nourrir» s'étend à la chasse à des fins de «support et [de] subsistance», c'est-à-dire à la chasse non seulement en vue de la consommation directe mais également à la chasse en vue d'échanger le produit de la chasse pour d'autres articles comme c'était leur habitude, par opposition à la chasse purement commerciale ou sportive.

And, indeed, when one thinks of it this makes excellent sense. The whole emphasis of *Treaty No. 8* was on the preservation of the Indian's traditional way of life. But this surely did not mean that the Indians were to be forever consigned to a diet of meat and fish and were to have no opportunity to share in the advances of modern

Et d'ailleurs, quand on y pense, cela est tout à fait logique. Le *Traité n° 8* était axé principalement sur la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Mais cela ne voulait certainement pas dire que les Indiens devraient à tout jamais s'astreindre à un régime de viande et de poisson et qu'ils ne pourraient pas bénéf-

civilization over the next one hundred years. Of course, the Indians' hunting and fishing rights were to be preserved and protected; the Indians could not have survived otherwise. But this cannot mean that in 1990 they are to be precluded from selling their meat and fish to buy other items necessary for their sustenance and the sustenance of their children. Provided the purpose of their hunting is either to consume the meat or to exchange or sell it in order to support themselves and their families, I fail to see why this is precluded by any common sense interpretation of the words "for food". It will, of course, be a question of fact in each case whether a sale is made for purposes of sustenance or for purely commercial profit. [Emphasis added.]

Wilson J. concluded that the *Wildlife Act* could not forbid the activities which fall within the aboriginal traditional way of life and that are linked to the Horse Lakes people's support and sustenance. Consequently, she would have acquitted the appellant because he sold the grizzly hide to buy food for his family, not for commercial profit.

As far as this case is concerned, there are two points which stand out from the foregoing review of the reasons in *Horseman, supra*. First, the Horse Lakes people's original practices, traditions and customs regarding hunting were held to have evolved to include, at the time *Treaty No. 8* was concluded, the right to make some commercial use of the game. Second, and more importantly, when determining whether a treaty right exists (which no doubt extends to aboriginal rights), there should be a distinction drawn between, on the one side, activities relating to the support and sustenance of the natives and, on the other, ventures undertaken purely for commercial profit. Such a differentiation is far from being artificial, as McLachlin J. seems to suggest, and, in fact, this distinction ought to be used in the context of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* as in other contexts; in short, there are sales which do not qualify as commercial sales (see, for example, *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40.1).

ficier eux aussi des progrès de la civilisation moderne au cours du siècle suivant. Les droits de chasse et de pêche des Indiens devaient évidemment être conservés et protégés; les Indiens n'auraient pu survivre autrement. Mais cela ne signifie pas qu'en 1990 ils ne peuvent vendre leur viande et leur poisson pour acheter d'autres articles nécessaires à leur subsistance et à celle de leurs enfants. Pourvu qu'ils chassent en vue de consommer la viande, de l'échanger ou de la vendre pour se nourrir et nourrir leur famille, je ne vois pas comment une interprétation conforme au bon sens de l'expression «pour se nourrir» peut interdire cela. Il va sans dire que la question de savoir si une vente est faite à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales est une question de fait à trancher dans chaque cas. [Je souligne.]

Le juge Wilson a statué que la *Wildlife Act* ne pouvait interdire les activités faisant partie du mode de vie autochtone traditionnel et qui sont liées à la subsistance des Indiens de Horse Lakes. En conséquence, elle aurait acquitté l'appelant, étant donné qu'il avait vendu la peau du grizzli non pas à des fins commerciales, mais pour acheter de la nourriture pour sa famille.

En ce qui concerne le présent pourvoi, deux points ressortent de l'analyse qui précède des motifs prononcés dans *Horseman*, précité. Premièrement, il a été jugé que les coutumes, pratiques et traditions originales des Indiens de Horse Lakes en matière de chasse avaient évolué et incluaient, au moment de la conclusion du *Traité n° 8*, le droit de faire une certaine utilisation commerciale du gibier. Deuxièmement, point encore plus important, pour déterminer si un droit issu de traité existe (principe qui s'applique sans aucun doute aussi aux droits ancestraux), il faut établir une distinction entre, d'une part, les activités de subsistance des autochtones, et, d'autre part, celles exercées à des fins purement commerciales. Une telle distinction est loin d'être artificielle, comme semble le suggérer le juge McLachlin, et, de fait, elle devrait être utilisée dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* tout comme dans d'autres contextes. Bref, il y a des ventes qui n'ont pas un caractère commercial (voir, par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1).

190

This differentiation was adopted by the Ontario Court (Prov. Div.) in *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. In that case, the defendants, members of the Chippewas of Nawash, were charged with the offence of taking more lake trout than permitted by the band's commercial fishing licence, contrary to the *Ontario Fishery Regulations, 1989*, authorized by the *Fisheries Act*. The defendants argued that the quota imposed by the Band's licence interfered with their protected aboriginal right or treaty right to engage in commercial fishing. After referring to both the reasons of Cory J. and of Wilson J. in *Horseman, supra*, Fairgrieve Prov. Ct. J. reached the following conclusions at pp. 440-41:

Consideration of the historical, anthropological and archival evidence leaves an existing aboriginal right to fish for commercial purposes that essentially coincides with the treaty right already stated: the Saugeen have a collective ancestral right to fish for sustenance purposes in their traditional fishing grounds. Apart from the waters adjacent to the two reserves and their unsundered islands, the aboriginal commercial fishing right is not exclusive, but does allow them to fish throughout their traditional fishing grounds on both sides of the peninsula. To use Ms. Blair's language [for the Defendants], the nature of the aboriginal right exercised is one directed "to a subsistence use of the resource as opposed to a commercially profitable enterprise". It is the band's continuing communal right to continue deriving "sustenance" from the fishery resource which has always been an essential part of the community's economic base. [Emphasis added.]

See also, *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794 (Ont. Ct. Prov. Div.), at para. 51, and *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (B.C. Prov. Ct.), at p. 145, as well as the commentators Binnie, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?", *supra*, at pp. 234-35, and Bowker, "Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal", *supra*, at p. 8.

191

In sum, as *Sparrow, supra*, suggests, when assessing whether aboriginal practices, traditions and customs have been sufficiently significant and

Cette distinction a été adoptée par la Cour de l'Ontario (Div. prov.) dans l'affaire *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. Dans cette affaire, les défendeurs, membres des Chippewas de Nawash, avaient été accusés de l'infraction d'avoir pêché un nombre de truites supérieur à celui autorisé par le permis de pêche commerciale de la bande, en contravention du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, pris en vertu de la *Loi sur les pêches*. Les défendeurs ont prétendu que le contingent imposé par le permis de la bande portait atteinte au droit ancestral ou issu de traité qui leur était garanti en matière de pêche commerciale. Après s'être référé aux motifs du juge Cory et à ceux du juge Wilson dans *Horseman*, précité, le juge Fairgrieve de la Cour provinciale a formulé les conclusions suivantes, aux pp. 440 et 441:

[TRADUCTION] L'examen de la preuve historique, anthropologique et archivistique révèle l'existence d'un droit ancestral existant de pêcher à des fins commerciales qui coïncide essentiellement avec le droit issu de traité déjà mentionné: les Saugeens possèdent un droit ancestral collectif de pêche à des fins de subsistance dans leurs secteurs de pêche traditionnels. Sauf dans les eaux adjacentes aux deux réserves et à leurs îles non cédées, le droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'a pas un caractère exclusif, mais il autorise néanmoins les Saugeens à pêcher partout dans leurs secteurs de pêche des deux côtés de la péninsule. Pour employer les termes de M^{me} Blair [pour les défendeurs], la nature du droit ancestral exercé vise «une utilisation de la ressource à des fins de subsistance par opposition à une entreprise commercialement rentable». C'est le droit collectif continu de la bande de continuer de tirer sa «subsistance» des ressources de la pêcherie, qui a toujours constitué un élément essentiel de la base économique de la collectivité. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794 (C. Ont. Div. prov.), au par. 51; et *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (C. prov. C.-B.), à la p. 145; ainsi que les auteurs Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?», *loc. cit.*, aux pp. 234 et 235, et Bowker, «Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 8.

Bref, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, précité, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement perti-

fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people for a substantial continuing period of time, the purposes for which such activities are undertaken should be considered highly relevant. An aboriginal activity can form an integral part of the distinctive culture of a group of aboriginal people if it is done for certain purposes — e.g., for livelihood, support and sustenance purposes. However, the same activity could be considered not to be part of their distinctive aboriginal culture if it is done for other purposes — e.g., for purely commercial purposes. The Chief Justice fails to draw this distinction, which I believe to be highly relevant, although he agrees that the Court of Appeal mischaracterized the aboriginal right here claimed.

This contemplation of aboriginal or treaty rights based on the purpose of the activity is aimed at facilitating the delineation of the rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in their support. However, as in *Horseman, supra*, to respect aboriginal perspective on the matter, the purposes for which aboriginal activities are undertaken cannot and should not be strictly compartmentalized. Rather, in my view, such purposes should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food, at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit, at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance, at the centre.

This being said, in this case, as I have already noted elsewhere, the British Columbia Court of Appeal framed the issue as being one of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. To state the question in that fashion not only disregards the above distinction between the purposes for which fish can be sold, traded and bartered but also mischaracterizes the facts of this case, misconceives the contentions of the appellant

nelles dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Une activité autochtone peut faire partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones si elle est exercée pour certaines fins, par exemple à des fins de subsistance. Toutefois, la même activité pourrait être considérée comme ne faisant pas partie de cette culture autochtone distinctive si elle vise d'autres fins, par exemple des fins purement commerciales. Le Juge en chef omet d'établir cette distinction, que j'estime hautement pertinente, quoiqu'il reconnaisse que la Cour d'appel a mal caractérisé le droit ancestral revendiqué en l'espèce.

Cet examen des droits ancestraux ou issus de traités, qui est fondé sur la fin visée par l'activité en cause, a pour objet de faciliter la définition des droits revendiqués, de même que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée au soutien de ces droits. Cependant, tout comme dans *Horseman*, précité, afin de respecter la perspective autochtone sur la question, les fins pour lesquelles les activités autochtones sont exercées ne peuvent pas et ne devraient pas être compartimentées de manière stricte. À mon avis, ces fins devraient plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

Cela dit, en l'espèce, comme je l'ai déjà affirmé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Non seulement une telle formulation ne tient pas compte de la distinction établie précédemment entre les fins pour lesquelles le poisson peut être vendu et échangé, mais elle caractérise erronément les faits de l'espèce, interprète mal les prétentions

192

193

and overlooks the legislative provision here under constitutional challenge.

194

First, the facts giving rise to this case do not support the Court of Appeal's framing of the issue in terms of commercial fishing. The appellant, Dorothy Van der Peet, was charged with the offence of selling salmon which were legally caught by her common law spouse and his brother. The appellant sold 10 salmon. There is no evidence as to the purposes of the sale or as to what the money was going to be used for. It is clear, however, that the offending transaction proven by the Crown is not part of a commercial venture, nor does it constitute an act directed at profit. It would be different if the Crown had shown, for instance, that the appellant sold 10 salmon every day for a year or that she was selling fish to provide for commercial profit. This is not, however, the scenario presented to us and, as the facts stand on the record, it is reasonable to infer from them that the appellant sold the 10 salmon, not for profit, but for the support and sustenance of herself and her family.

195

Furthermore, the appellant did not argue in the courts below or before this Court that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes. The submissions were only to the effect that the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. In fact, before this Court, the appellant relied on the dissenting opinion of Lambert J.A., at the Court of Appeal, who stated (at para. 150) that the Sto:lo had the right to "catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood" (italics omitted, underlining added). It is well settled that in framing the issue in a case courts cannot overlook the contentions of the parties; in the

de l'appelante et fait abstraction de la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle.

Premièrement, les faits à l'origine de la présente affaire ne permettent pas, comme l'a fait la Cour d'appel, de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir vendu des saumons qui avaient été pêchés légalement par son conjoint de fait et le frère de celui-ci. L'appelante a vendu 10 saumons. Il n'existe pas de preuve concernant les fins de la vente ou l'utilisation qu'on entendait faire du produit de celle-ci. Cependant, il est clair que l'opération reprochée et dont le ministère public a fait la preuve, ne s'inscrit pas dans le cadre d'une entreprise commerciale et ne constitue pas non plus un acte visant à réaliser un profit. Toutefois, la situation serait différente si le ministère public avait démontré, par exemple, que l'appelante avait vendu 10 saumons par jour pendant une année, ou encore qu'elle vendait du poisson à des fins commerciales. Cependant, ce n'est pas le scénario qui nous a été présenté et, suivant les faits au dossier, il est raisonnable d'inférer de ceux-ci que l'appelante a vendu les 10 saumons non pas à des fins commerciales, mais pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille.

Qui plus est, l'appelante n'a pas plaidé devant les tribunaux inférieurs ni devant notre Cour que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Elle a seulement prétendu que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De fait, devant notre Cour, l'appelante s'est fondée sur l'opinion dissidente du juge Lambert de la Cour d'appel qui a affirmé (au par. 150) que les Sto:lo avaient le droit [TRADUCTION] «de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable» (j'ai omis les italiques et je souligne). Il est bien établi que, dans la formulation de la question en litige, les tribunaux ne peuvent faire abstraction des prétentions

case at bar, the appellant did not seek the recognition and affirmation of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

Finally, the legislative provision under constitutional challenge is not only aimed at commercial fishing, but also forbids both commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish. For convenience, here is again s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence. [Emphasis added.]

The scope of s. 27(5) encompasses any sale, trade or barter of fish caught under an Indian food fish licence. If the prohibition were directed at the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, the question of the validity of the Regulations would raise a different issue, one which does not arise on the facts of this case since an aboriginal right to fish commercially is not claimed here. Section 27(5) prohibits the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance, and we must determine whether, as it stands, this provision complies with the constitutional protection afforded to aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. In other words, the above distinction based on the purposes of aboriginal activities does not impose an additional burden on the claimant of an aboriginal right. It may be that, for a particular group of aboriginal people, the practices, traditions and customs relating to some commercial activities meet the test for the recognition of an aboriginal right, i.e., to be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time. This will have to be

des parties. En l'espèce, l'appelante n'a pas demandé que soit reconnu et confirmé un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concerne pas seulement la pêche commerciale, mais elle interdit de vendre et d'échanger du poisson tant à des fins commerciales que non commerciales. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. [Je souligne.]

Le paragraphe 27(5) vise la vente et l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Si l'interdiction visait la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, la question de la validité du Règlement soulèverait une question différente, qui ne se présente pas compte tenu des faits de la présente affaire, étant donné qu'aucun droit ancestral de pêcher à des fins commerciales n'est revendiqué en l'espèce. Le paragraphe 27(5) interdit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et il nous faut déterminer si cette disposition, de la façon dont elle est libellée, est compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cela dit, il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). En d'autres termes, la distinction faite précédemment et fondée sur les fins visées par les activités autochtones n'impose pas un fardeau additionnel au demandeur qui revendique un droit ancestral. Il est possible que, pour un groupe particulier d'autochtones, les coutumes, pratiques et traditions se rapportant à certaines activités commerciales respectent le critère applicable en vue de la reconnaissance d'un droit ancestral, c'est-à-dire avoir été suffisamment importantes et fondamentales pour

determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right. In fact, the consideration of aboriginal activities based on their purposes is simply aimed at facilitating the delineation of the aboriginal rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in support of the rights.

leur organisation sociale et leur culture pendant une période considérable et ininterrompue. Cette question doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué. De fait, l'examen des activités autochtones en fonction des fins visées par celles-ci a tout simplement pour but de faciliter la définition des droits ancestraux revendiqués, ainsi que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de ces droits.

198 In the instant case, this Court is only required to decide whether the Sto:lo's right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, and not whether it includes the right to make commercial use of the fish. In that respect, it is necessary to review the evidence to determine whether such activities have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time so as to give rise to an aboriginal right. That is what I now propose to do.

En l'espèce, notre Cour est uniquement appelée à décider si le droit de pêche des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et non pas si ce droit inclut celui de faire une utilisation commerciale du poisson. À cet égard, il est nécessaire d'examiner la preuve afin de déterminer si ces activités ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue, de façon à donner naissance à un droit ancestral. C'est maintenant ce que je me propose de faire.

V. The Case

V. Le présent pourvoi

199 The question here is whether the particular group of aboriginal people, the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, has engaged in the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time, entitling them to benefit from a constitutionally protected aboriginal right to that extent.

En l'espèce, la question est de savoir si le groupe particulier d'autochtones, la bande Sto:lo, dont fait partie l'appelante, a vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance, et ce d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour son organisation sociale et sa culture pendant une période considérable et ininterrompue, de sorte que ce groupe bénéficierait à cet égard d'un droit ancestral protégé par la Constitution.

200 At trial, after having examined the historical evidence presented by the parties, Scarlett Prov. Ct. J. arrived at the following conclusions (at p. 160):

Au procès, après avoir examiné la preuve de nature historique présentée par les parties, le juge Scarlett de la Cour provinciale est arrivé aux conclusions suivantes (à la p. 160):

This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This court accepts the evidence of Dr. Stryd and John

[TRADUCTION] La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé, d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de

Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic. This court concludes on the evidence, therefore, that the Sto:lo aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. [Emphasis added.]

I agree with the Chief Justice that it is well established, both in criminal and civil contexts, that an appellate court will not disturb the findings of fact made by a trial judge in the absence of "some palpable and overriding error which affected his [or her] assessment of the facts" (emphasis added): see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; see also *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, *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, and *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

At the British Columbia Supreme Court, Selbie J. was of the view that the trial judge committed such an error and, as a consequence, substituted his own findings of fact (at paras. 15 and 16):

preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit. Par conséquent, la Cour conclut, à la lumière de la preuve, que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris [Je souligne.]

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il est bien établi, tant en matière criminelle que civile, qu'une cour d'appel ne modifie pas les conclusions de fait du juge du procès en l'absence d'une «erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits» (je souligne): voir *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *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, *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 et *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le juge du procès avait commis une telle erreur et il a en conséquence substitué ses propres conclusions de fait (aux par. 15 et 16):

With respect, in my view the learned judge erred in using contemporary tests for “marketing” to determine whether the aboriginal acted in ways which were consistent with trade albeit in a rudimentary way as dictated by the times.

In my view, the evidence in this case, oral, historical and opinion, looked at in the light of the principles of interpreting aboriginal rights referred to earlier, is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise and must be found so. We are, after all, basically considering the existence in antiquity of an aboriginal's right to dispose of his fish other than by eating it himself or using it for ceremonial purposes — the words “sell”, “barter”, “exchange”, “share”, are but variations on the theme of “disposing”. It defies common sense to think that if the aboriginal did not want the fish for himself, there would be some stricture against him disposing of it by some other means to his advantage. We are speaking of an aboriginal “right” existing in antiquity which should not be restrictively interpreted by today's standards. I am satisfied that when the first Indian caught the first salmon he had the “right” to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time. As time went on and for an infinite variety of reasons, that “right” to catch the fish and do anything he wanted with it became hedged in by rules arising from religion, custom, necessity and social change. One such restriction requiring an adjustment to his rights was the need dictated by custom or religion to share the first catch — to do otherwise would court punishment by his god and by the people. One of the social changes that occurred was the coming of the white man, a circumstance, as any other, to which he must adjust. With the white man came new customs, new ways and new incentives to colour and change his old life, including his trading and bartering ways. The old customs, rightly or wrongly, for good or for bad, changed and he must needs change with them — and he did. A money economy eventually developed and he adjusted to that also — he traded his fish for money. This was a long way from his ancient sharing, bartering and trading practices but it was the logical progression of such. It has been held that the aboriginal right to hunt is not frozen in time so that only the bow and arrow can be used in exercising it — the right evolves with the times: see *Simon v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387 . . . So, in my view, with the right to fish and dispose of them, which I find on the evidence includes the right to trade and barter them. The Indian right to trade his fish is not frozen in time to doing so only by the medium of the potlatch and

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en utilisant des critères contemporains de «commercialisation» pour déterminer si l'autochtone avait agi d'une façon compatible avec les usages du commerce, quoique de la manière rudimentaire dictée par l'époque.

À mon avis, lorsqu'on examine la preuve en l'espèce — orale, historique et d'opinion — à la lumière des principes d'interprétation des droits ancestraux qui ont été mentionnés plus tôt, on constate qu'elle est davantage compatible avec l'existence d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d'échanger le produit de la pêche, que le contraire, et il faut conclure en ce sens. Après tout, fondamentalement nous examinons l'existence, dans les temps anciens, du droit d'un autochtone de disposer de son poisson autrement qu'en le consommant lui-même ou en l'utilisant à des fins rituelles — les termes «vendre», «troquer», «échanger», «partager» n'étant que des variantes de l'idée de «disposer». Il est contraire au bon sens de penser que si un autochtone ne voulait pas le poisson pour lui-même, — quelque chose l'empêchait d'en disposer d'une façon qui l'avantagerait. Nous parlons d'un «droit» autochtone qui existait dans les temps anciens et qui ne devrait pas être interprété restrictivement par rapport aux normes actuelles. Je suis convaincu que quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d'en faire ce qu'il voulait — le manger, l'échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l'eau ou le garder pour les temps plus difficiles. Au fil du temps, et pour une gamme de raisons, ce «droit» de prendre du poisson et d'en disposer à sa guise a été circonscrit par des règles fondées sur la religion, la coutume, la nécessité et les changements sociaux. L'une de ces restrictions, qui a entraîné une adaptation des droits du premier Indien, a été l'obligation dictée par la coutume ou la religion de partager la première capture — ne pas le faire l'aurait exposé au châtement de son dieu ou du peuple. L'un des changements sociaux a été l'arrivée des Blancs, circonstance à laquelle, comme toutes les autres, l'Indien a dû s'adapter. Les Blancs sont arrivés avec de nouvelles coutumes, de nouvelles manières de faire et de nouveaux incitatifs à modifier son mode de vie, y compris ses méthodes de troc et d'échange. À tort ou à raison, pour le meilleur ou pour le pire, les vieilles coutumes ont changé et l'Indien a dû évoluer avec elles — ce qu'il a fait. Une économie monétaire s'est éventuellement établie et l'Indien s'y est également adapté — commençant à vendre du poisson pour de l'argent. Il s'agissait d'un changement considérable par rapport à ses anciennes pratiques de partage, d'échange et de troc, mais néanmoins d'une progression logique. Il a été sta-

the like; he is entitled, subject to extinguishment or justifiable restrictions, to evolve with the times and dispose of them by modern means, if he so chooses, such as the sale of them for money. It is thus my view that the aboriginal right of the Sto:lo peoples to fish includes the right to sell, trade or barter them after they have been caught. It is my view that the learned judge imposed a verdict inconsistent with the evidence and the weight to be given it. [Emphasis added.]

At the British Columbia Court of Appeal, Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., for the majority, took the position that an aboriginal right would be recognized only if the manifestations of the distinctive aboriginal culture — i.e., the particular aboriginal practices, traditions or customs — were particular to native culture and not common to non-aboriginal societies. Further, the evidence would need to show that the activities in question have been engaged in for time immemorial at the time sovereignty was asserted by Britain. Macfarlane J.A. wrote (at para. 21):

To be so regarded those practices must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal society from which they were said to have arisen. A modernized form of such a practice would be no less an aboriginal right. A practice which had not been integral to the organized society and its distinctive culture, but which became prevalent merely as a result of European influences, would not qualify for protection as an aboriginal right. [Emphasis added.]

The majority of the Court of Appeal agreed with the trial judge's findings and held that the Sto:lo's practices, traditions and customs did not justify the recognition of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

tué que le droit de chasse ancestral n'est pas figé dans le temps — sinon, l'autochtone ne pourrait se servir que d'un arc et des flèches pour l'exercer — que le droit évolue avec le temps: voir *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 En conséquence, à mon avis, le droit de prendre du poisson et d'en disposer inclut, selon la preuve, le droit de l'échanger ou de le troquer. Le droit de l'Indien d'échanger le poisson n'est pas figé dans le temps — sinon il ne pourrait en disposer que dans le cadre de potlatch et d'autres occasions du genre; de fait, sous réserve d'extinction du droit ou de restrictions justifiables de celui-ci, l'Indien peut profiter des progrès réalisés avec le temps et disposer du poisson par des méthodes modernes, s'il le désire, comme le fait de le vendre contre de l'argent. Je suis donc d'avis que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger le poisson pris. A mon avis, le juge a rendu une décision incompatible avec la preuve et l'importance qui devait lui être accordée. [Je souligne.]

S'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité, le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et le juge Wallace ont exprimé le point de vue qu'un droit ancestral ne sera reconnu que si les manifestations de la culture autochtone distinctive — les coutumes, pratiques ou traditions autochtones particulières — étaient propres à la culture autochtone et non communes aux sociétés non autochtones. De plus, il faudrait que la preuve établisse que, au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, les activités en question étaient exercées de temps immémorial. Le juge Macfarlane a écrit ce qui suit (au par. 21):

[TRADUCTION] Pour être considérées comme telles, ces pratiques doivent avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone qui leur aurait donné naissance. Une forme modernisée d'une telle pratique n'en constituerait pas moins un droit ancestral. Une pratique qui n'aurait pas fait partie intégrante de la société organisée et de sa culture distinctive, mais qui ne se serait répandue [que] du seul fait des influences européennes, ne pourrait pas être protégée en tant que droit ancestral. [Je souligne.]

La Cour d'appel à la majorité a souscrit aux conclusions du juge du procès et statué que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo ne justifiaient pas la reconnaissance d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

204

Lambert J.A., in dissent, applied what he called a “social” form of description of aboriginal rights, one which does not “freeze” native practices, traditions and customs in time. In light of the evidence, he concluded that the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo warranted the recognition of an aboriginal right to sell, trade and barter fish in order to provide them with a “moderate livelihood”. He stated (at para. 150):

For those reasons I conclude that the best description of the aboriginal customs, traditions and practices of the Sto:lo people in relation to the sockeye salmon run on the Fraser River is that their aboriginal customs, traditions and practices have given rise to an aboriginal right, to be exercised in accordance with their rights of self-regulation including recognition of the need for conservation to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood, and, in any event, not less than the quantity of salmon needed to provide every one of the collective holders of the aboriginal right with the same amount of salmon per person per year as would have been consumed or otherwise utilized by each of the collective holders of the right, on average, from a comparable year's salmon run, in, say, 1800. [Italics in original; emphasis added.]

205

It appears from the foregoing review of the judgments that the conclusions on the findings of fact relating to whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish varied depending on the delineation of the aboriginal right claimed and on the approach used to interpreting such right. The trial judge, as well as the majority of the Court of Appeal, framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes and used an approach based on the manifestations of distinctive aboriginal culture which differentiates between aboriginal and non-aboriginal practices and which “freezes” aboriginal rights in a pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time. The summary appeal judge, as well as Lambert J.A. at the Court of Appeal, described the issue in terms of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and

Le juge Lambert, dissident, a appliqué ce qu’il a appelé une forme «sociale» de description des droits ancestraux n’ayant pas pour effet de «figer» les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Au vu de la preuve, il a conclu que la culture autochtone distinctive des Sto:lo justifiait de leur reconnaître un droit ancestral de vendre et d’échanger du poisson de manière à s’assurer «une subsistance convenable». Il a déclaré ceci (au par. 150):

[TRADUCTION] *Pour ces motifs, je conclus que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo relativement à la remonte de saumon rouge dans le fleuve Fraser est de dire que leurs coutumes, pratiques et traditions ont donné naissance à un droit ancestral, qui doit être exercé conformément à leurs droits à l’autorégulation, y compris la reconnaissance des besoins de conservation, de prendre et, s’ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l’entremise d’autres Sto:lo suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui veulent pêcher — ainsi qu’aux personnes à leur charge—, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable; la quantité de saumon ne devant pas, quoi qu’il en soit, être inférieure à la quantité requise pour fournir à chacun des détenteurs à titre collectif du droit ancestral la même quantité annuelle de saumon par personne que ces derniers auraient pu consommer ou utiliser par ailleurs, en moyenne, lors d’une remonte annuelle comparable de saumon, disons en 1800. [En italique dans l’original; je souligne.]*

Il ressort de l’examen que je viens de faire des jugements des tribunaux inférieurs que les conclusions tirées des constatations de fait touchant la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d’échanger du poisson ont varié en fonction de la définition du droit ancestral revendiqué et de la méthode utilisée pour interpréter ce droit. Le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d’appel ont dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, et ils ont appliqué une méthode fondée sur les manifestations de la culture autochtone distinctive, qui distingue entre les pratiques autochtones et non autochtones et qui «fige» les droits ancestraux dans l’état où ils étaient à une époque autochtone, avant le contact avec les Européens ou l’affirmation de la souveraineté britannique. Le juge d’ap-

barter fish for livelihood. Further, they examined the aboriginal right claimed at a certain level of abstraction, which focused on the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo and which was evolutive in nature.

As I have already noted elsewhere, the issue in the present appeal is whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Accordingly, the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in framing the issue. Furthermore, it is my view that the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* must be defined by referring to the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture", i.e., whether an aboriginal practice, tradition or custom has been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time. Therefore, by using a "frozen right" approach focusing on aboriginal practice to defining the nature and extent of the aboriginal right, Scarlett Prov. Ct. J. and the majority of the Court of Appeal were also in error.

Consequently, when the trial judge assessed the historical evidence presented at trial, he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. He thus made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. It is also noteworthy that the first appellate judge, who asked himself the right ques-

pel des poursuites sommaires et le juge Lambert de la Cour d'appel ont pour leur part estimé que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De plus, ils ont examiné le droit ancestral revendiqué selon un certain niveau d'abstraction, mettant l'accent sur la culture autochtone distinctive des Sto:lo et le caractère évolutif du droit.

Comme je l'ai déjà mentionné, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le droit de pêche ancestral inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En conséquence, le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont commis une erreur dans la formulation de la question en litige. En outre, je suis d'avis que la nature et l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doivent être interprétées par application de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», c.-à-d. en se demandant si la coutume, pratique ou tradition autochtone en cause a été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. En conséquence, en appliquant la méthode des «droits figés», qui est axée sur la pratique autochtone, pour définir la nature et l'étendue du droit ancestral, le juge Scarlett de la Cour provinciale et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont également commis une erreur.

Par conséquent, lorsque le juge du procès a apprécié la preuve historique présentée, il s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Il convient également de signaler que le premier juge d'appel, qui lui s'est posé les bonnes questions, a tiré des conclusions de fait dia-

tions, made diametrically opposed findings of fact on the evidence presented at trial.

métralement opposées à partir de la preuve présentée au procès.

208 The result of these palpable and overriding errors, which affected the trial judge's assessment of the facts, is that an appellate court is justified in intervening — as did the summary appeal judge — in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, *supra*. I note also that this Court, as a subsequent appellate court in such circumstances, does not have to show any deference to the assessment of the evidence made by lower appellate courts. Since this Court is in no less advantageous or privileged position than the lower appellate courts in assessing the evidence on the record, we are free to reconsider the evidence and substitute our own findings of fact (see *Schwartz v. Canada*, *supra*, at paras. 36-37). I find myself, however, in general agreement with the findings of fact of Selbie J., the summary appeal judge, and of Lambert J.A. Nonetheless, I will revisit the evidence to determine whether it reveals that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier — comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires — les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance: voir l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, précité. Je tiens aussi à faire remarquer que notre Cour, en tant que juridiction subséquente d'appel dans de telles circonstances, n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par les tribunaux d'appel inférieurs. Comme notre Cour n'est pas dans une situation moins avantageuse ou moins privilégiée que les tribunaux d'appel inférieurs pour apprécier la preuve à partir du dossier, nous sommes libres de réexaminer la preuve et de substituer nos propres conclusions de fait (voir l'arrêt *Schwartz c. Canada*, précité, aux par. 36 et 37) à celles déjà tirées. Cependant, je suis d'accord de façon générale avec les conclusions de fait du juge Selbie, juge d'appel des poursuites sommaires, et celles du juge Lambert de la Cour d'appel. Néanmoins, je vais réexaminer la preuve afin de déterminer si elle révèle que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue.

209 The Sto:lo, who are part of the Coast Salish Nation, have lived in their villages along the Fraser River from Langley to above Yale. They were an organized society, whose main socio-political unit was the extended family. The Fraser River was their main source of food the year around and, as such, the Sto:lo considered it to be sacred. It is interesting to note that their name, the "Sto:lo", means "people of the river": see Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, at p. 11.

Les Sto:lo, qui font partie de la nation des Salish de la côte, ont vécu dans leurs villages le long du fleuve Fraser, de Langley jusqu'à Yale. Ils formaient une société organisée, dont la principale unité socio-politique était la famille élargie. Le fleuve Fraser était leur principale source de nourriture à longueur d'année et, pour cette raison, les Sto:lo considéraient ce cours d'eau comme sacré. Il est intéressant de noter que leur nom, les «Sto:lo», signifie «les gens du fleuve»: voir Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, à la p. 11.

210 Archaeological evidence demonstrates that the Sto:lo have relied on the fishery for centuries.

La preuve archéologique démontre que les Sto:lo vivent de la pêche depuis des siècles. Située

Located near the mouth of the Fraser River, the Sto:lo fishery consists of five species of salmon — sockeye, chinook, coho, chum and pink — as well as sturgeon, eulachons and trout. The Sto:lo used many methods and devices to fish salmon, such as dip-nets, harpoons, weirs, traps and hooks. Both the wind and the heat retention capacity of the geography of the Fraser Canyon result in an excellent area for wind drying fish. Therefore, although fresh fish were procurable year around, they dried or smoked large amounts at the end of the summer to use for the hard times of winter.

The Sto:lo community is geographically located between two biogeoclimatic zones: the interior plateau region and the coastal maritime area. As such, they have long enjoyed the exchange of regional goods with the people living in these zones. See, in that respect, the report of Dr. Richard Daly, an expert in social and cultural anthropology called by the appellant and who gave expert opinion evidence on the social structure and culture of the Sto:lo, and also Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia, supra*, at p. 95.

The oral histories, corroborated by expert evidence, show a long tradition of trading relationships among the Sto:lo and with their neighbours, both before the arrival of Europeans and to the present day. Dr. Arnoud Henry Stryd, an expert in archaeology with a strong background in anthropology called by the respondent to give expert opinion evidence and to speak to the archaeological record, testified that exchanging goods has been a feature of the human condition from the earliest times:

Q. Yes. You say there's evidence for trade in non-perishable items throughout much of the archaeological record for British Columbia.

près de l'embouchure du fleuve Fraser, la pêche compte cinq espèces de saumon — le saumon rouge, le saumon quinnat, le saumon coho, le saumon kéta et le saumon rose — ainsi que de l'esturgeon, de l'eulakane et de la truite. Les Sto:lo utilisaient de nombreuses méthodes et de nombreux engins pour pêcher le saumon: épuisette, harpon, bordigue, trappe en filet et gaffe. Tant le vent dans le canyon du Fraser que la capacité calorifique de la géographie de ce lieu font de celui-ci un excellent endroit pour le séchage au vent du poisson. En conséquence, même s'ils pouvaient se procurer du poisson frais tout au long de l'année, les Sto:lo en séchaient ou en boucanaient de grandes quantités à la fin de l'été en vue des périodes difficiles de l'hiver.

Comme, sur le plan géographique, la collectivité sto:lo est située entre deux zones biogéoclimatiques — la région du plateau intérieur et la région côtière maritime —, ses membres ont depuis longtemps l'occasion d'échanger des produits régionaux avec les habitants de ces zones. À cet égard, voir le rapport de M. Richard Daly, expert en anthropologie sociale et culturelle, qui a été assigné par l'appelante et a témoigné en cette qualité sur l'organisation sociale et la culture des Sto:lo, et aussi Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia, op. cit.*, à la p. 95.

Les récits oraux, corroborés par les témoignages d'expert, démontrent l'existence d'une longue tradition de rapports commerciaux entre les Sto:lo et leurs voisins, tant avant l'arrivée des Européens que de nos jours. Monsieur Arnoud Henry Stryd, spécialiste de l'archéologie possédant un solide bagage en anthropologie, qui a été assigné par l'intimée pour témoigner à titre d'expert et parler des documents archéologiques, a affirmé que l'échange de biens est une caractéristique de l'humanité depuis les temps les plus anciens:

[TRADUCTION]

Q. Oui. Vous dites qu'on trouve dans la majeure partie des documents archéologiques concernant la Colombie-Britannique des preuves de l'existence d'un commerce d'articles non périssables.

211

212

A. Well, that's right. In my point of view, the tendency to trade is one that's very human and if you have things that you have that you don't need and your neighbours have something that you would like that they are willing to, that they don't need, that it seems very obvious that some kind of exchange of goods would take place and the earliest part of the human condition to exchange items. [Emphasis added.]

R. Oui, c'est exact. À mon avis, la tendance à commercer est quelque chose de très humain; si vous avez quelque chose dont vous n'avez pas besoin et que vos voisins ont quelque chose que vous aimeriez avoir et dont ils n'ont pas besoin, il semble très évident qu'il se produira un certain type d'échange de biens; l'échange de biens remonte au tout début de l'humanité. [Je souligne.]

213

Likewise, John Trevor Dewhirst, an anthropologist and ethno-historian called by the respondent, gave expert opinion evidence on the aboriginal trade of salmon of the Sto:lo. Although he insisted that there was no "organized regularized large scale exchange of salmon" in pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time, he testified to the effect that the Sto:lo did exchange, trade and barter salmon among themselves and with other native people, and that such activities were rooted in their culture:

De même, M. John Trevor Dewhirst, anthropologue et ethno-historien assigné par l'intimée, a témoigné à titre d'expert relativement au commerce du saumon par les ancêtres des Sto:lo. Même s'il a insisté sur le fait qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] «d'activités systématisées et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle» au temps des aborigènes, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, il a témoigné que les Sto:lo échangeaient et troquaient effectivement du saumon, entre eux et avec d'autres peuples autochtones, et que ces activités étaient enracinées dans leur culture:

Q. We had reached the stage, sir, as I understand it where — we're now at the point with your evidence, sir, that the exchange of salmon amongst the Indians — you've mentioned that, sir, there was some exchange of salmon amongst the Indians?

Q. Monsieur, nous en étions au point, si j'ai bien compris, où — nous en sommes au point dans votre témoignage, Monsieur, où il est question d'échange de saumon entre les Indiens — vous avez mentionné, Monsieur, qu'il y avait échange de saumon entre les Indiens?

A. Oh, yes, very definitely.

R. Oui. Très certainement.

Q. Yes. Could you expand on that, please?

Q. Oui. Pourriez-vous préciser s'il vous plaît?

A. Yes. I think it's very clear from the — both from the historical record and — and from the anthropological evidence, the ethnographic evidence collected by various workers, Wilson Duff, Marion Smith, Dr. Daly and others whom we've mentioned — and Suttles — exchange of salmon for other foodstuffs and perhaps non-food items definitely took place amongst the Sto:Lo and was a definite feature of their society and culture.

R. Oui. J'estime qu'il ressort très clairement — tant des archives historiques que — de la preuve anthropologique, de la preuve ethnographique recueillies par diverses personnes, Wilson Duff, Marion Smith, M. Daly et d'autres personnes que nous avons mentionnées — et Suttles — que l'échange de saumon contre d'autres denrées alimentaires et peut-être d'autres produits non alimentaires se pratiquait sûrement chez les Sto:lo et constituait nettement une caractéristique de leur société et culture.

What I'd like to do is go over some of that material evidence regarding the exchange of salmon and examine that in terms of — of trade and the — try — try to deter-

J'aimerais passer en revue certains de ces éléments de preuve matérielle concernant l'échange de saumon et les examiner sous l'angle — du commerce et — essayer —

mine — try to develop a context for in fact what was happening at least in some of these instances.

essayer de déterminer — essayer d'établir le contexte de ce qui se passait dans les faits, à tout le moins dans certains de ces cas.

A. That — I believe that the record does not indicate the presence of an organized regularized large scale exchange of salmon amongst the Sto:Lo or between the Sto:Lo and other Native peoples and by this large scale exchange I — I think — rather, by the exchange of salmon I think it's important to look at this context and see if in fact there is a kind of a market situation. I mean, most cultures, most societies do exchange items between relatives and friends and so on. I think that this is debatable whether you can call this trade in — in the sense of a — of a kind of a marketplace and I'd like to turn now to some of the — some of the evidence that's been presented. [Emphasis added.]

R. Je crois que le dossier ne révèle pas l'existence d'activités systématiques et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle, entre les Sto:lo eux-mêmes ou entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones; par échange sur une grande échelle, je — je pense — plutôt, par échange de saumon, je pense qu'il est important d'examiner ce contexte et de déterminer s'il existe en fait une sorte de situation de marché. Je veux dire que, dans la plupart des cultures, dans la plupart des sociétés, il y a échange de biens entre parents, amis et ainsi de suite. Je pense que l'on peut se demander s'il est possible dans ce cas de parler de commerce — dans le sens d'une — sorte de marché, et j'aimerais maintenant examiner certains des — certains éléments de preuve présentés. [Je souligne.]

It seems well founded to conclude, as the expert witnesses for the respondent did, that no formalized market system of trade of salmon existed in the original Sto:lo society because, as a matter of fact, organized large scale trade in salmon appears to run contrary to the Sto:lo's aboriginal culture. They viewed salmon as more than just food; they treated salmon with a degree of respect since the Sto:lo community was highly reliant and dependant on the fish resources. On the one hand, the Sto:lo pursued salmon very aggressively in order to get them for livelihood, support and sustenance purposes. On the other, however, they were sufficiently mindful not to exploit the abundance of the river and they taught their children a thoughtful attitude towards salmon and also how to conserve them.

Il semble bien fondé de conclure, comme l'ont fait les témoins experts de l'intimée, qu'il n'existait pas de système de marché organisé pour le commerce du saumon au sein de la société sto:lo originale, étant donné que le commerce organisé du saumon sur une grande échelle paraît, en fait, aller à l'encontre de la culture autochtone des Sto:lo. Pour eux, le saumon était plus qu'une denrée alimentaire, ils le traitaient avec un certain respect puisque leur collectivité dépendait beaucoup des ressources de la pêche. D'une part, les Sto:lo pêchaient le saumon très activement à des fins de subsistance. D'autre part, toutefois, ils étaient suffisamment soucieux de ne pas abuser des richesses du fleuve, et ils enseignaient à leurs enfants une attitude de parcimonie à l'égard du saumon ainsi que les moyens de conserver cette ressource.

214

As the social and cultural anthropologist Dr. Richard Daly explained at trial, the exchange of salmon among the Sto:lo and with their neighbours was informed by the ethic of feeding people, catching and trading only what was necessary for their needs and the needs of face-to-face relationships:

Comme l'a expliqué, au procès, Richard Daly, anthropologue social et culturel, l'échange de saumon pratiqué par les Sto:lo entre eux et avec leurs voisins était guidé par le principe qu'il fallait nourrir la population et ne prendre et n'échanger que le poisson nécessaire pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes avec qui ils avaient des rapports directs:

215

- Q. Is the sale of fish or other foodstuff, in your opinion, also part of the Sto:lo culture?
- A. The way it is explained to me by people in the Sto:lo community, that it's all part of feeding yourself and feeding others. You're looking after your basic necessities. And today it's all done through the medium of cash. And you may not have anything to reciprocate when — when other native people from a different area come to you with say tanned hides from the Interior for making — for handicraft work. You may not have anything to give them in return at that time and you pay for it, like anyone else would. But then when you — you've put up your salmon or you're able to take them a load of fresh salmon you reciprocate and they pay you. But it's — it's considered to be a similar procedure as the bartering because it's satisfying the basic needs.

And also people tell me that they go fishing in order to get the money for the gas to drive to the fishing sites, to look after the repair of their nets and to — to make some of the necessary amounts of cash needed for their day-to-day existence. And I have observed people going out to fish with an intention of selling. They don't go to get a maximum number of fish and sell them on the market for the — the going price. They sell it at the going price but they — they won't take any more fish than they have orders for because that's — that's the wrong attitude towards the fish and fishing. So I think in a sense it — it's very consistent with the type of bartering that has preceded it and it's sort of still couched in that same idiom, as well. [Emphasis added.]

216 The foregoing review of the historical evidence on the record reveals that there was trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes among the Sto:lo and with other native people and, more importantly, that such activities formed part of, and were undoubtedly rooted in, the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo. In short, the fishery has always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. Accordingly, to use the terminology of the test propounded above, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was suffi-

[TRANSDUCTION]

- Q. À votre avis, la vente de poisson ou d'autres denrées alimentaires fait-elle également partie de la culture sto:lo?
- R. Comme me l'ont expliqué des membres de la collectivité sto:lo, tout cela fait partie du fait de se nourrir et de nourrir les autres. On doit subvenir à ses besoins essentiels. Et aujourd'hui, tout se fait au moyen de l'argent. Il est possible qu'on n'ait rien à offrir en contrepartie lorsque — lorsque des autochtones d'une autre région arrivent de l'Intérieur avec des peaux tannées — qui serviront à la confection d'objets d'artisanat. Vous pourriez n'avoir rien à offrir en échange, auquel cas vous payez ces peaux comme le ferait toute autre personne. Cependant, lorsque vous offrez votre saumon ou que vous pouvez leur apporter une cargaison de saumon frais, vous faites de même et ils vous paient. Mais c'est — c'est considéré comme une procédure analogue au troc parce que ça satisfait les besoins essentiels.

Les gens me disent également qu'ils vont à la pêche pour obtenir de l'argent pour acheter de l'essence pour se rendre aux sites de pêche, pour faire réparer leurs filets et — pour gagner une partie de l'argent dont ils ont besoin pour subvenir à leurs besoins courants. Et j'ai observé que des gens vont à la pêche avec l'intention de vendre le poisson pris. Ils ne vont pas prendre le plus de poissons possible et les vendre sur le marché — au prix courant. Ils les vendent au prix courant — mais ils ne prennent pas plus que le nombre qu'on leur a commandé parce que c'est — ce n'est pas la bonne attitude à avoir à l'égard du poisson et de la pêche. À mon avis, dans un sens, ces pratiques sont très conformes au type de troc qui les ont précédées, et elles y sont assimilables en quelque sorte. [Je souligne.]

L'examen qui précède de la preuve de nature historique au dossier révèle qu'il y avait, entre les Sto:lo eux-mêmes et entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones, des échanges de saumon à des fins de subsistance, et, fait encore plus important, que ces activités faisaient partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo et étaient indubitablement enracinées dans celle-ci. Bref, la pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. En conséquence, pour employer la formulation du critère proposé plus tôt, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de

ciently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo.

The period of intensive trade of fish in a market-type economy involving the Sto:lo began after the coming of the Europeans, in approximately 1820, when the Hudson's Bay Company established a post at Fort Langley on the Fraser River. Following that, the Sto:lo participated in a thriving commercial fishery centred around the trade of salmon. According to Jamie Morton, an historian called by the appellant to give expert opinion evidence on the history of the European trade with native people, approximately 1,500 to 3,000 barrels of salmon (with 60-90 fish per barrel) were cured per year, which the Hudson's Bay Company bought and shipped to Hawaii and other international ports. (See also Lambert J.A., at para. 121.)

This trade of salmon in a market economy, however, is not relevant to determine whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. I note, in passing, that such commercial use of the fish would seem to be intrinsically incompatible with the pre-contact or pre-sovereignty culture of the Sto:lo which commanded that the utilization of the salmon, including its sale, trade and barter, be restricted to providing livelihood, support and sustenance, and did not entail obtaining purely commercial profit.

As far as the issue here is concerned, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have always been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo. This conclusion is no doubt in line with the perspective of the Sto:lo regarding the importance of the trade of salmon in their society. Consequently, the criterion regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met.

subsistance étaient suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo.

Cela dit, précisons que la période de commerce intensif du poisson dans une économie de marché à laquelle ont participé les Sto:lo a commencé après l'arrivée des Européens, vers 1820, lorsque la Compagnie de la Baie d'Hudson a établi un poste de traite à Fort Langley, le long du fleuve Fraser. Par la suite, les Sto:lo ont participé à de florissantes activités de pêche commerciale axées sur le commerce du saumon. Selon Jamie Morton, historien assigné par l'appelante pour déposer, à titre de témoin expert, sur l'histoire du commerce des Européens avec les autochtones, environ 1 500 à 3 000 barils de saumon fumé (60 à 90 poissons par baril) étaient vendus chaque année à la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui les expédiait ensuite à destination d'Hawaii et d'autres ports internationaux. (Voir aussi les motifs du juge Lambert de la Cour d'appel, au par. 121.)

Cependant, l'existence de ce commerce du saumon dans une économie de marché n'est pas un fait pertinent pour déterminer si les Sto:lo possèdent le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En passant, je tiens à préciser qu'une telle utilisation commerciale du poisson semble intrinsèquement incompatible avec la culture des Sto:lo avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, culture qui commandait que l'utilisation du saumon, y compris la vente et l'échange de ce bien, ne vise que des fins de subsistance, et non des fins purement commerciales.

En ce qui concerne la question en litige en l'espèce, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de subsistance ont toujours été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo. Cette conclusion est sans aucun doute compatible avec le point de vue des Sto:lo en ce qui concerne l'importance du commerce du saumon dans leur société. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est respecté.

217

218

219

220 Furthermore, there is no doubt that these activities did form part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. In that respect, we must consider the type of aboriginal practices, traditions and customs, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years. Here, the historical evidence shows that the Sto:lo's practices, traditions and customs relating to the trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes have existed for centuries before the arrival of Europeans. As well, it appears that such activities have continued, though in modernized forms, until the present day. Accordingly, the time requirement for the recognition of an aboriginal right is also met in this case.

221 As a consequence, I conclude that the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* this right is protected.

VI. Disposition

222 In the result, I would allow the appeal on the question of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The question of the extinguishment of such right, as well as the issues of *prima facie* infringement and justification, must be remitted to trial since there is insufficient evidence to enable this Court to decide upon them. Consequently, the constitutional question can only be answered partially:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the 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

Qui plus est, il n'y a pas de doute que ces activités ont fait partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue. Sur ce point, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture et de la société autochtones visées et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, la preuve historique révèle que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo relativement au commerce du saumon à des fins de subsistance ont existé pendant des siècles avant l'arrivée des Européens. De plus, il semble que ces activités continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. En conséquence, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral est également satisfaite.

Par conséquent, je conclus que la bande des Sto:lo, dont fait partie l'appelante, possède le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Ce droit est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VI. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. La question de l'extinction de ce droit ainsi que les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification doivent être renvoyées au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celles-ci. En conséquence, il n'est possible de répondre à la question constitutionnelle qu'en partie:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des

meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of extinguishment, *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

There will be no costs to either party.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal concerns the right of the Sto:lo of British Columbia to sell fish caught in the Fraser River. The appellant, Mrs. Van der Peet, sold salmon caught under an Indian food fishing licence by her common law husband and his brother. The sale of salmon caught under an Indian food licence was prohibited. Mrs. Van der Peet was charged with selling fish contrary to the Regulations of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. At trial, she raised the defence that the regulations under which she was charged was invalid because it infringed her aboriginal right, confirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to catch and sell fish. If so, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* acts to invalidate the regulation to the extent of the conflict.

The inquiry thus focuses on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed”. Section 35(1) gives constitutional protection not only to aboriginal rights codified

droits ancestraux au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu’elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l’appelante sont reconnus, et la réponse à la question visant de savoir si le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l’égard de l’appelante en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées au cours d’un nouveau procès, les questions de l’extinction, de l’atteinte *prima facie* et de la justification.

Le tout sans frais.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi concerne le droit des Sto:lo de la Colombie-Britannique de vendre du poisson pris dans le fleuve Fraser. L’appelante, M^{me} Van der Peet, a vendu du saumon qui avait été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d’un permis de pêche de subsistance des Indiens. Or, il était interdit de vendre du saumon pris en vertu d’un tel permis de pêche. Madame Van der Peet a été accusée d’avoir vendu du poisson contrairement à un règlement d’application de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Au procès, elle a fait valoir en défense que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elle a été accusée étaient invalides parce qu’elles portaient atteinte à son droit ancestral, confirmé par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de prendre et de vendre du poisson. Si c’est le cas, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend ces dispositions réglementaires inopérantes.

L’examen porte donc principalement sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dit que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Le paragraphe 35(1) accorde la protection de la Constitution non seule-

223

224

225

through treaties at the time of its adoption in 1982, but also to aboriginal rights which had not been formally recognized at that date: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, per Dickson C.J. and La Forest J., at pp. 1105-6. The Crown has never entered into a treaty with the Sto:lo. They rely not on a codified aboriginal right, but on one which they ask the courts to recognize under s. 35(1).

226 Against this background, I turn to the questions posed in this appeal:

1. Do the Sto:lo possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell fish?
 - (a) Has a *prima facie* right been established?
 - (b) If so, has it been extinguished?
2. If a right is established, do the government regulations prohibiting sale infringe the right?
3. If the regulations infringe the right, are they justified?

227 My conclusions on this appeal may be summarized as follows. The issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights. These encompass the right to be sustained from the land or waters upon which an aboriginal people have traditionally relied for sustenance. Trade in the resource to the extent necessary to maintain traditional levels of sustenance is a permitted exercise of this right. The right endures until extinguished by treaty or otherwise. The right is limited to the extent of the aboriginal people's historic reliance on the resource, as well as the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource incompatible with its responsible use. Applying these principles, I conclude that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish commercially for pur-

ment aux droits ancestraux qui étaient codifiés dans des traités au moment de son adoption en 1982, mais également aux droits ancestraux qui n'avaient pas été officiellement reconnus à cette date: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, aux pp. 1105 et 1106. L'État n'a jamais conclu de traité avec les Sto:lo. Ceux-ci invoquent non pas un droit ancestral codifié, mais plutôt un droit ancestral qu'ils demandent aux tribunaux de reconnaître en vertu du par. 35(1).

Sur cette toile de fond, je me penche maintenant sur les questions que soulève le présent pourvoi:

1. Les Sto:lo possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit ancestral de vendre du poisson?
 - a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
 - b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si les dispositions réglementaires portent atteinte à ce droit, sont-elles justifiées?

Mes conclusions dans le cadre du présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. Sont compris parmi ces droits celui qu'un peuple autochtone de tirer sa subsistance du territoire ou des eaux qu'il a traditionnellement exploités à cette fin. Ce peuple peut exercer le droit en question en échangeant la ressource dans la mesure nécessaire pour s'assurer la subsistance qu'il en a traditionnellement tirée. Ce droit subsiste tant qu'il n'a pas été éteint par traité ou autrement. Ce droit est restreint par les limites de l'exploitation historique de la ressource faite par le peuple autochtone, ainsi que par le pouvoir de l'État de limiter ou d'interdire l'exploitation de la ressource

poses of basic sustenance, that this right has not been extinguished, that the regulation prohibiting the sale of any fish constitutes a *prima facie* infringement of it, and that this infringement is not justified. Accordingly, I conclude that the appellant's conviction must be set aside.

1. Do the Sto:lo Possess an Aboriginal Right to Sell Fish Protected under Section 35(1) of the Constitution Act, 1982?

A. *Is a Prima Facie Right Established?*

I turn first to the principles which govern the inquiry into the existence of an aboriginal right.

(i) General Principles of Interpretation

This Court in *Sparrow*, *supra*, discussed the dual significance of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* in the context of fishing. Section 35(1) is significant, first, because it entrenches aboriginal rights as of the date of its adoption in 1982. Prior to that date, aboriginal rights to fish were subject to regulation and extinguishment by unilateral government act. After the adoption of s. 35, these rights can be limited only by treaty. But s. 35(1) is significant in a second, broader sense. It may be seen as recognition of the right of aboriginal peoples to fair recognition of aboriginal rights and settlement of aboriginal claims. Thus Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105:

... s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, represents the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of aboriginal rights. The strong representations of native associations and other groups concerned with

qui serait incompatible avec l'utilisation responsable de celle-ci. Appliquant ces principes, je conclus que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher commercialement pour pourvoir à leurs besoins fondamentaux, que ce droit n'a pas été éteint, que la disposition réglementaire interdisant complètement la vente de poisson constitue une atteinte à première vue à ce droit et que cette atteinte n'est pas justifiée. En conséquence, je conclus que la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante doit être annulée.

1. Les Sto:lo possèdent-ils un droit ancestral de vendre du poisson qui est protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

A. *A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?*

Je vais d'abord examiner les principes applicables pour déterminer l'existence d'un droit ancestral.

(i) Principes généraux d'interprétation

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a étudié, dans le contexte de la pêche, l'importance que revêt, à deux égards, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) est important à un premier égard en ce qu'il constitutionnalise les droits ancestraux qui existaient à la date de son adoption en 1982. Avant cette date, les droits de pêche ancestraux pouvaient être réglementés et éteints par décision unilatérale de l'État. Depuis l'adoption de l'art. 35, ces droits ne peuvent être restreints que par traité. Toutefois, le par. 35(1) est également important à un autre égard, plus général celui-là. En effet, il peut être considéré comme la consécration du droit des peuples autochtones d'obtenir, en toute justice, la reconnaissance de leurs droits ancestraux et le règlement de leurs revendications. Voici d'ailleurs ce qu'ont écrit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105:

... le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et

228

229

the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible. . . . Section 35(1), at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place. It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power.

Quoting from Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, at p. 100, Dickson C.J. and La Forest J. continued at p. 1106:

. . . the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown.

230 It may not be wrong to assert, as the Chief Justice does, that the dual purposes of s. 35(1) are first to recognize the fact that the land was occupied prior to European settlement and second, to reconcile the assertion of sovereignty with this prior occupation. But it is, with respect, incomplete. As the foregoing passages from *Sparrow* attest, s. 35(1) recognizes not only prior aboriginal occupation, but also a prior legal regime giving rise to aboriginal rights which persist, absent extinguishment. And it seeks not only to reconcile these claims with European settlement and sovereignty but also to reconcile them in a way that provides the basis for a just and lasting settlement of aboriginal claims consistent with the high standard which the law imposes on the Crown in its dealings with aboriginal peoples.

231 Following these precepts, this Court in *Sparrow* decreed, at pp. 1106-7, that s. 35(1) be construed in a generous, purposive and liberal way. It repre-

d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) [. . .] Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont poursuivi, à la p. 1106, en citant les propos suivants du professeur Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100:

[TRADUCTION] . . . le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

Il n'est peut-être pas faux d'affirmer, à l'instar du Juge en chef, que le par. 35(1) vise deux objets: premièrement, reconnaître le fait que, avant l'arrivée des Européens, le territoire était occupé; et, deuxièmement, concilier l'affirmation de la souveraineté sur ce territoire avec cette occupation antérieure. Toutefois, en toute déférence, je suis d'avis que cette affirmation est incomplète. Comme l'attestent les passages précités de l'arrêt *Sparrow*, le par. 35(1) reconnaît non seulement l'occupation antérieure du territoire par les autochtones, mais également l'existence d'un régime juridique antérieur ayant donné naissance à des droits ancestraux qui subsistent, à moins d'avoir été éteints. Ce paragraphe vise non seulement à concilier ces droits avec la colonisation du territoire par les Européens et l'affirmation de leur souveraineté sur celui-ci, mais également à les concilier d'une manière propre à servir d'assise à un règlement juste et durable des revendications autochtones, compatible avec la norme élevée que le droit impose à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones.

Appliquant ces préceptes, notre Cour a déclaré, aux pp. 1106 et 1107, dans *Sparrow*, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation géné-

sents “a solemn commitment that must be given meaningful content” (p. 1108). It embraces and confirms the fiduciary obligation owed by the government to aboriginal peoples (p. 1109). It does not oust the federal power to legislate with respect to aboriginals, nor does it confer absolute rights. Federal power is to be reconciled with aboriginal rights by means of the doctrine of justification. The federal government can legislate to limit the exercise of aboriginal rights, but only to the extent that the limitation is justified and only in accordance with the high standard of honourable dealing which the Constitution and the law imposed on the government in its relations with aboriginals (p. 1109).

To summarize, a court approaching the question of whether a particular practice is the exercise of a constitutional aboriginal right under s. 35(1) must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the position of the Crown throughout Canadian history as trustee or fiduciary for the first peoples of this country. Finally, I would join with the Chief Justice in asserting, as Mark Walters counsels in “British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*” (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, at pp. 413 and 412, respectively, that “a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives” of the “two vastly dissimilar legal cultures” of European and aboriginal societies. We apply the common law, but the common law we apply must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

reuse, libérale et fondée sur l'objet qu'il vise. Il constitue «un engagement solennel qui doit avoir un sens utile» (p. 1108). Il englobe et confirme l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones (p. 1109). Il ne supprime pas le pouvoir du fédéral de légiférer à l'égard des autochtones, et les droits qu'il confère ne sont pas absolus. Le pouvoir fédéral doit être concilié avec les droits ancestraux par l'application de la doctrine de la justification. Le gouvernement fédéral peut légiférer afin de limiter l'exercice de droits ancestraux, mais seulement dans la mesure où cette limitation est justifiée et respecte la norme élevée — savoir celle d'agir honorablement — que la Constitution et les autres règles de droit imposent à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones (p. 1109).

En résumé, le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue depuis toujours auprès des premiers habitants du pays. Finalement, je souscris aux propos du Juge en chef qui affirme, conformément à l'opinion émise par Mark Walters, dans «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, aux pp. 413 et 412 respectivement, qu'[TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les] deux points de vue juridiques», qui émanent des «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables» des sociétés européennes et autochtones. Nous appliquons la common law, mais la common law que nous appliquons doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

(ii) The Right Asserted — the Right to Fish for Commercial Purposes

233 The first step is to ascertain the aboriginal right which is asserted by Mrs. Van der Peet. Are we concerned with the right to fish, the right to sell fish on a small sustenance-related level, or commercial fishing?

234 The Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé state that this appeal does not raise the issue of the right of the Sto:lo to engage in commercial fishery. They argue that the sale of one or two fish to a neighbour cannot be considered commerce, and that the British Columbia courts erred in treating it as such.

235 I agree that this case was defended on the ground that the fish sold by Mrs. Van der Peet were sold for purposes of sustenance. This was not a large corporate money-making activity. In the end, as will be seen, I agree with Justice L'Heureux-Dubé that a large operation geared to producing profits in excess of what the people have historically taken from the river might not be constitutionally protected.

236 This said, I see little point in labelling Mrs. Van der Peet's sale of fish something other than commerce. When one person sells something to another, that is commerce. Commerce may be large or small, but commerce it remains. On the view I take of the case, the critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

237 Making an artificial distinction between the exchange of fish for money or other goods on the one hand and for commercial purposes on the other, may have serious consequences, if not in

(ii) Le droit revendiqué — le droit de pêcher à des fins commerciales

La première étape consiste à déterminer quel est le droit ancestral revendiqué par M^{me} Van der Peet. S'agit-il du droit de pêcher, de celui de vendre, sur une petite échelle, du poisson à des fins de subsistance ou encore du droit de pêcher commercialement?

Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé disent que le présent pourvoi ne soulève pas la question du droit des Sto:lo de pratiquer la pêche commerciale. Ils affirment que la vente de quelques poissons à un voisin ne saurait être assimilée à un acte de commerce et que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en pensant ainsi.

Je suis aussi d'avis que la défense de M^{me} Van der Peet repose sur l'argument qu'elle a vendu le poisson à des fins de subsistance. Il ne s'agissait pas d'une activité lucrative d'une grosse entreprise commerciale. En fin de compte, comme nous le verrons, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'une opération de grande envergure, visant la réalisation de bénéfices excédant ce que les autochtones ont historiquement tiré de l'exploitation du fleuve pourrait ne pas bénéficier de la protection de la Constitution.

Cela dit, je vois peu d'intérêt à qualifier autrement que d'acte de commerce la vente de poisson faite par M^{me} Van der Peet. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. Le commerce peut se faire sur une grande ou sur une petite échelle, mais ça reste du commerce. À mon sens, la question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Le fait d'établir une distinction artificielle entre l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens, d'une part, et l'échange de poisson à des fins commerciales, d'autre part, pourrait avoir des

this case, in others. If the aboriginal right at issue is defined as the right to trade on a massive, modern scale, few peoples may be expected to establish a commercial right to fish. As the Chief Justice observes in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, “[t]he claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden” on the aboriginal claimant “than a claim to an aboriginal right to exchange fish for money or other goods” (para. 20). In the former case, the trade must be shown to have existed pre-contact “on a scale best characterized as commercial” (para. 20). With rare exceptions (see the evidence in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, released concurrently) aboriginal societies historically were not interested in massive sales. Even if they had been, their societies did not afford them mass markets.

(iii) Aboriginal Rights versus the Exercise of Aboriginal Rights

It is necessary to distinguish at the outset between an aboriginal right and the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms. They remain constant over the centuries. The exercise of rights, on the other hand, may take many forms and vary from place to place and from time to time.

If a specific modern practice is treated as the right at issue, the analysis may be foreclosed before it begins. This is because the modern practice by which the more fundamental right is exercised may not find a counterpart in the aboriginal culture of two or three centuries ago. So if we ask whether there is an aboriginal right to a particular kind of trade in fish, i.e., large-scale commercial trade, the answer in most cases will be negative. On the other hand, if we ask whether there is an aboriginal right to use the fishery resource for the purpose of providing food, clothing or other needs,

conséquences sérieuses, sinon dans la présente espèce, alors dans d’autres affaires. Si le droit ancestral en cause est défini comme étant le droit de commercer massivement, au sens où on l’entend aujourd’hui, peu de peuples autochtones pourraient vraisemblablement établir un droit de pratiquer la pêche commerciale. Comme le Juge en chef le fait observer dans l’arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 «[l]a revendication du droit ancestral d’échanger du poisson commercialement impose» à l’autochtone qui revendique le droit un fardeau plus lourd «que la revendication du droit d’échanger du poisson contre de l’argent ou d’autres biens» (par. 20). Dans la première hypothèse, il faut prouver que le commerce était pratiqué avant le contact avec les Européens et «sur une échelle qu’il convient de qualifier de commerciale» (par. 20). Sauf rares exceptions (voir la preuve dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 rendu à la même date), historiquement les autochtones n’étaient pas intéressés à effectuer des ventes massives. D’ailleurs, même s’ils l’avaient été, les sociétés dans lesquelles ils vivaient ne constituaient pas des marchés de masse.

(iii) Droits ancestraux et exercice de tels droits

Il est nécessaire, au départ, de faire une distinction entre un droit ancestral et l’exercice d’un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux. Ils ne changent pas au fil des siècles. L’exercice des droits, en revanche, peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques.

Si une pratique moderne spécifique est considérée comme étant le droit en cause, l’analyse peut alors devenir sans objet, avant même d’avoir commencé, car il est possible que la pratique moderne par laquelle est exercé le droit plus fondamental n’ait pas eu d’équivalent dans la culture autochtone qui existait il y a deux ou trois siècles. Par conséquent, si nous nous demandons s’il existe un droit ancestral de pratiquer un type particulier de commerce du poisson, par exemple d’en faire le commerce sur une grande échelle, la réponse sera négative dans la plupart des cas. Au contraire, si

238

239

the answer may be quite different. Having defined the basic underlying right in general terms, the question then becomes whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right.

nous nous demandons s'il existe un droit ancestral d'utiliser les ressources halieutiques en vue de pourvoir aux besoins alimentaires, vestimentaires ou autres, il est bien possible que la réponse soit tout à fait différente. Une fois le droit fondamental sous-jacent défini en termes généraux, la question devient alors de savoir si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice de ce droit.

240 This is how we reconcile the principle that aboriginal rights must be ancestral rights with the uncompromising insistence of this Court that aboriginal rights not be frozen. The rights are ancestral; they are the old rights that have been passed down from previous generations. The exercise of those rights, however, takes modern forms. To fail to recognize the distinction between rights and the contemporary form in which the rights are exercised is to freeze aboriginal societies in their ancient modes and deny to them the right to adapt, as all peoples must, to the changes in the society in which they live.

Voilà de quelle façon nous concilions le principe que les droits des peuples autochtones qui sont reconnus et confirmés au par. 35(1) doivent être des droits ancestraux et l'insistance indéfectible de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux, c'est-à-dire des droits anciens qui ont été transmis par les générations précédentes. Toutefois, l'exercice de ces droits prend des formes modernes. Ne pas reconnaître la distinction entre les droits et la façon contemporaine dont ils sont exercés équivaut à figer les sociétés autochtones dans leurs anciens modes de vie et à les priver du droit qu'elles ont, à l'instar de tous les autres peuples, de s'adapter aux changements du monde dans lequel elles vivent.

241 I share the concern of L'Heureux-Dubé J. that the Chief Justice defines the rights at issue with too much particularity, enabling him to find no aboriginal right where a different analysis might find one. By insisting that Mrs. Van der Peet's modern practice of selling fish be replicated in pre-contact Sto:lo practices, he effectively condemns the Sto:lo to exercise their right precisely as they exercised it hundreds of years ago and precludes a finding that the sale constitutes the exercise of an aboriginal right.

Je partage la préoccupation exprimée par le juge L'Heureux-Dubé que, dans sa définition des droits en cause, le Juge en chef applique un trop fort degré de particularisation, ce qui lui permet de conclure à l'inexistence d'un droit ancestral là où une analyse différente aurait pu mener au résultat contraire. En insistant pour que la pratique moderne de M^{me} Van der Peet en matière de vente de poisson ait eu son équivalent dans les pratiques des Sto:lo avant le contact avec les Européens, il condamne effectivement les Sto:lo à exercer leur droit précisément comme ils le faisaient il y a des siècles, et exclut toute conclusion que la vente constitue l'exercice d'un droit ancestral.

242 To constitute a right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the right must be of constitutional significance. A right of constitutional significance may loosely be defined as a right which has priority over ordinary legal principles. It is a maxim which sets the boundaries within which the law must operate. While there were no formal constitutional guarantees of aboriginal rights prior to 1982, we may nevertheless discern certain princi-

Pour constituer un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit doit avoir une importance constitutionnelle. Un droit d'importance constitutionnelle peut être défini de façon générale comme un droit qui a priorité sur les principes juridiques ordinaires. Il s'agit d'une maxime qui fixe les limites à l'intérieur desquelles le droit doit s'appliquer. Même si les droits ancestraux n'étaient pas formellement garantis par la Consti-

ples relating to aboriginal peoples which were so fundamental as to have been generally observed by those charged with dealing with aboriginal peoples and with making and executing the laws that affected them.

The activity for which constitutional protection is asserted in this case is selling fish caught in the area of the Fraser River where the Sto:lo traditionally fished for the purpose of sustaining the people. The question is whether this activity may be seen as the exercise of a right which has either been recognized or which so resembles a recognized right that it should, by extension of the law, be so recognized.

(iv) The Time Frame

The Chief Justice and L'Heureux-Dubé J. differ on the time periods one looks to in identifying aboriginal rights. The Chief Justice stipulates that for a practice to qualify as an aboriginal right it must be traceable to pre-contact times and be identifiable as an "integral" aspect of the group's culture at that early date. Since the barter of fish was not shown to be more than an incidental aspect of Sto:lo society prior to the arrival of the Europeans, the Chief Justice concludes that it does not qualify as an aboriginal right.

L'Heureux-Dubé J., by contrast, minimizes the historic origin of the alleged right. For her, all that is required is that the practice asserted as a right have constituted an integral part of the group's culture and social organization for a period of at least 20 to 50 years, and that it continue to be an integral part of the culture at the time of the assertion of the right.

My own view falls between these extremes. I agree with the Chief Justice that history is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. Those things which have in the past been recognized as aboriginal rights have been related to the traditional prac-

tution avant 1982, nous pouvons néanmoins dégager certains principes touchant les peuples autochtones qui étaient si fondamentaux qu'ils étaient généralement observés par ceux qui étaient chargés de traiter avec les peuples autochtones et de rédiger et d'appliquer des lois les concernant.

L'activité à l'égard de laquelle la protection de la Constitution est revendiquée en l'espèce est la vente de poisson pris dans le secteur du fleuve Fraser où les Sto:lo ont traditionnellement pêché pour subvenir aux besoins des leurs. Il s'agit de décider si cette activité peut être assimilée à l'exercice d'un droit qui soit a été reconnu, soit ressemble à tel point à un droit reconnu qu'il devrait, par extension de la loi, être reconnu comme tel.

(iv) La période de référence

Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé ne s'entendent pas sur la période à prendre en considération pour identifier les droits ancestraux. Le Juge en chef affirme que pour qu'une pratique soit considérée comme un droit ancestral elle doit remonter à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens et avoir fait «partie intégrante», dans ces temps anciens, de la culture du groupe visé. Comme il n'a pas été établi que le troc de poisson était autre chose qu'un aspect accessoire de la société Sto:lo avant l'arrivée des Européens, le Juge en chef conclut que cette pratique ne constitue pas un droit ancestral.

À l'opposé, le juge L'Heureux-Dubé minimise l'importance des origines historiques du droit revendiqué. Pour elle, tout ce qui est requis c'est que la pratique qui, affirme-t-on, serait un droit, ait fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture du groupe concerné pendant une période d'au moins 20 à 50 ans, et qu'elle continue de faire partie intégrante de la culture au moment où le droit est revendiqué.

Mon point de vue se situe entre ces deux pôles extrêmes. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Les pratiques qui, dans le passé, ont été reconnues comme étant

243

244

245

246

tices of aboriginal peoples. For this reason, this Court has always been at pains to explore the historical origins of alleged aboriginal rights. For example, in *Sparrow*, this Court began its inquiry into the aboriginal right to fish for food with a review of the fishing practices of the Musqueam Band prior to European contact.

des droits ancestraux se rapportaient aux pratiques traditionnelles des peuples autochtones. Pour cette raison, notre Cour s'est toujours efforcée d'examiner les origines historiques des droits ancestraux revendiqués. Par exemple, dans *Sparrow*, notre Cour a commencé son examen du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires par l'étude des pratiques des Musqueams en matière de pêche avant le contact avec les Européens.

247

I cannot agree with the Chief Justice, however, that it is essential that a practice be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal rights find their source not in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question. As Brennan J. (as he then was) put it in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, at p. 58, "Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory." The French version of s. 35(1) aptly captures the governing concept. "*Les droits existants — ancestraux ou issus de traités —*" tells us that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be rooted in the historical or ancestral practices of the aboriginal people in question. This Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, adopted a similar approach: Dickson J. (as he then was) refers at p. 376 to "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". One finds no mention in the text of s. 35(1) or in the jurisprudence of the moment of European contact as the definitive all-or-nothing time for establishing an aboriginal right. The governing concept is simply the traditional customs and laws of people prior to imposition of European law and customs. What must be established is continuity between the modern practice at issue and a traditional law or custom of the native people. Most often, that law or tradition will be traceable to time immemorial; otherwise it would not be an ancestral aboriginal law or custom. But date of contact is not the only

Toutefois, je ne peux souscrire à l'avis du Juge en chef qu'il est essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles du peuple autochtone en cause. Comme l'a dit le juge Brennan (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* 1992, 175 C.L.R. 1, à la p. 58, [TRADUCTION] «Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire.» Le texte français du par. 35(1) rend bien le principe directeur en la matière. En effet, les mots «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — » nous indiquent que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent avoir leur source dans les pratiques historiques ou ancestrales des autochtones concernés. Dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a appliqué un principe analogue: le juge Dickson (plus tard juge en chef) a décrit, à la p. 376, le «titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». On ne trouve, ni dans le par. 35(1) ni dans la jurisprudence, aucune indication que le contact avec les Européens serait la date décisive pour établir l'existence d'un droit ancestral. Le principe directeur est tout simplement fondé sur les coutumes et les lois que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens. Ce qui doit être prouvé c'est l'existence d'une continuité entre la pratique moderne en cause et une loi ou coutume traditionnelle du peuple autochtone. La plupart du temps, il sera possible de retracer les

moment to consider. What went before and after can be relevant too.

My concern is that we not substitute an inquiry into the precise moment of first European contact — an inquiry which may prove difficult — for what is really at issue, namely the ancestral customs and laws observed by the indigenous peoples of the territory. For example, there are those who assert that Europeans settled the eastern maritime regions of Canada in the 7th and 8th centuries A.D. To argue that aboriginal rights crystallized then would make little sense; the better question is what laws and customs held sway before superimposition of European laws and customs. To take another example, in parts of the west of Canada, over a century elapsed between the first contact with Europeans and imposition of “Canadian” or “European” law. During this period, many tribes lived largely unaffected by European laws and customs. I see no reason why evidence as to the laws and customs and territories of the aboriginals in this interval should not be considered in determining the nature and scope of their aboriginal rights. This approach accommodates the specific inclusion in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* of the aboriginal rights of the Métis people, the descendants of European explorers and traders and aboriginal women.

Not only must the proposed aboriginal right be rooted in the historical laws or customs of the people, there must also be continuity between the historic practice and the right asserted. As Brennan J. put it in *Mabo*, at p. 60:

The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an indigenous people, identify and

origines de cette loi ou tradition aux temps immémoriaux; autrement, il ne s’agirait pas d’une loi ou coutume ancestrale autochtone. Cependant, la date du contact avec les Européens n’est pas le seul moment à prendre en considération. Ce qui s’est passé avant et après cette date peut aussi être pertinent.

Mon inquiétude est qu’on substitue un examen fondé sur le moment précis du contact avec les Européens — examen qui peut s’avérer difficile — à la véritable question litigieuse, savoir les coutumes et lois ancestrales observées par les peuples autochtones habitant le territoire. Par exemple, d’aucuns affirment que les Européens ont colonisé les régions maritimes de l’Est du Canada aux VII^e et VIII^e siècles après Jésus-Christ. Il serait peu logique de soutenir que les droits ancestraux se sont cristallisés à ce moment-là. Il est préférable de se demander quelles sont les lois et coutumes qui avaient cours avant qu’on leur surimpose les lois et coutumes européennes. Pour donner un autre exemple, mentionnons que, dans certaines régions de l’Ouest canadien, il s’est écoulé plus d’un siècle entre le premier contact avec les Européens et l’assujettissement au droit «canadien» ou «européen». Durant cette période, de nombreuses tribus ont, dans une large mesure, vécu sans être touchées par les lois et coutumes européennes. Je ne vois aucune raison de ne pas prendre en considération, afin de déterminer la nature et la portée de leurs droits ancestraux, la preuve concernant les lois et coutumes respectées par les autochtones et les territoires occupés par ces derniers durant cet intervalle. Cette méthode est compatible avec l’inclusion expresse, au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits des Métis, qui sont les descendants d’explorateurs et de marchands européens et de femmes autochtones.

Non seulement le droit ancestral proposé doit avoir sa source dans les lois et coutumes historiques du peuple concerné, mais il faut également qu’il y ait continuité entre la pratique historique et le droit revendiqué. Comme l’a dit le juge Brennan dans l’arrêt *Mabo*, à la p. 60:

[TRADUCTION] La common law peut, par référence aux lois et coutumes traditionnelles d’un peuple autochtone,

protect the native rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared.

The continuity requirement does not require the aboriginal people to provide a year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial. Indeed, it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time. Failure to exercise it does not demonstrate abandonment of the underlying right. All that is required is that the people establish a link between the modern practice and the historic aboriginal right.

250 While aboriginal rights will generally be grounded in the history of the people asserting them, courts must, as I have already said, take cognizance of the fact that the way those rights are practised will evolve and change with time. The modern exercise of a right may be quite different from its traditional exercise. To deny it the status of a right because of such differences would be to deny the reality that aboriginal cultures, like all cultures, change and adapt with time. As Dickson C.J. and La Forest J. put it in *Sparrow*, at p. 1093 “[t]he phrase ‘existing aboriginal rights’ [in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*] must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time”.

(v) The Procedure for Determining the Existence of an Aboriginal Right

251 Aboriginal peoples, like other peoples, define themselves through a myriad of activities, practices and claims. A few of these, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* tells us, are so fundamental that they constitute constitutional “rights” of such importance that governments cannot trench on them without justification. The problem before this Court is how to determine what activities, practices and claims fall within this class of constitutionally protected rights.

identifier et protéger les droits et intérêts des autochtones auxquels les premières donnent naissance. Toutefois, quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d’être observées, le fondement du titre aborigène a disparu.

L’exigence de continuité n’oblige pas les autochtones à faire une chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux. De fait, il n’est pas exceptionnel qu’un droit cesse d’être exercé pendant un certain temps. Le fait de ne pas exercer un droit ne prouve pas que celui-ci a été abandonné. Tout ce que les autochtones sont requis de faire, c’est d’établir un lien entre la pratique moderne et le droit historique qu’ils revendiquent.

Même si les droits ancestraux trouvent généralement leur origine dans l’histoire du peuple qui les revendique, les tribunaux doivent, comme je l’ai dit plus tôt, tenir compte du fait que la façon dont ces droits sont exercés évolue et change avec le temps. La façon dont un droit est exercé aujourd’hui peut être très différente de son exercice traditionnel. Refuser de reconnaître un droit en raison de telles différences serait nier la réalité que les cultures autochtones, à l’instar de toutes les autres cultures, changent avec le temps et s’adaptent. Comme l’ont dit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, à la p. 1093, «[l]’expression «droits ancestraux existants» [au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d’évoluer avec le temps».

(v) La méthode permettant de déterminer l’existence d’un droit ancestral

Comme les autres peuples, les peuples autochtones se définissent par une myriade de pratiques, d’activités et de droits, dont un certain nombre, nous dit la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont un caractère si fondamental qu’ils sont des «droits» constitutionnels d’une importance telle que l’État ne peut leur porter atteinte sans justification. Le problème que notre Cour doit résoudre est de déterminer quelles sont les activités, pratiques et droits qui relèvent de la catégorie des droits protégés par la Constitution.

The first and obvious category of constitutionally protected aboriginal rights and practices are those which had obtained legal recognition prior to the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1) confirms “existing” aboriginal rights. Rights granted by treaties or recognized by the courts prior to 1982 must, it follows, remain rights under s. 35(1).

But aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982. As noted above, this Court has held that s. 35(1) “is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples”: *Sparrow*, at p. 1106, quoting Noel Lyon, “An Essay on Constitutional Interpretation”, *supra*, at p. 100. This poses the question of what new, previously unrecognized aboriginal rights may be asserted under s. 35(1).

The Chief Justice defines aboriginal rights as specific pre-contact practices which formed an “integral part” of the aboriginal group’s “specific distinct culture”. L’Heureux-Dubé J., adopting a “dynamic” rights approach, extends aboriginal rights to any activity, broadly defined, which forms an integral part of a distinctive aboriginal group’s culture and social organization, regardless of whether the activity pre-dates colonial contact or not. In my respectful view, while both these approaches capture important facets of aboriginal rights, neither provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists.

(vi) The “Integral-Incidental” Test

I agree with the Chief Justice, at para. 46, that to qualify as an aboriginal right “an activity must be an element of practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group

La première catégorie évidente de droits et pratiques autochtones protégés par la Constitution est formée de ceux qui avaient été reconnus en droit avant l’adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) confirme les droits ancestraux «existants». Il s’ensuit que les droits issus de traités ou reconnus par les tribunaux avant 1982 restent des droits visés au par. 35(1).

Toutefois, les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982. Comme il a été indiqué précédemment, notre Cour a statué que le par. 35(1) n’est pas «une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L’article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones»: *Sparrow*, à la p. 1106, citation des propos de Noel Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation», *loc. cit.*, à la p. 100. Il faut donc se demander quels droits ancestraux nouveaux, non déjà reconnus, peuvent être revendiqués en vertu du par. 35(1).

Le Juge en chef définit les droits ancestraux comme étant les pratiques particulières qui datent d’avant le contact avec les Européens et faisaient «partie intégrante» de la «culture distinctive spécifique» du groupe autochtone visé. Adoptant une méthode fondée sur le caractère «dynamique» des droits, le juge L’Heureux-Dubé élargit la définition de droits ancestraux à toute activité, largement définie, qui fait partie intégrante de l’organisation sociale et de la culture distinctive d’un groupe d’autochtones, peu importe que l’activité précède ou non le contact avec les Européens. En toute déférence, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux, ni l’une ni l’autre ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe.

(vi) Le critère de la «partie intégrante ou accessoire»

Je conviens avec le Juge en chef qui a dit, au par. 46, que pour constituer un droit ancestral, «une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la

252

253

254

255

claiming the right". I also agree with L'Heureux-Dubé J. that an aboriginal right must be "integral" to a "distinctive aboriginal group's culture and social organization". To say this is simply to affirm the foundation of aboriginal rights in the laws and customs of the people. It describes an essential quality of an aboriginal right. But, with respect, a workable legal test for determining the extent to which, if any, commercial fishing may constitute an aboriginal right, requires more. The governing concept of integrality comes from a description in the *Sparrow* case where the extent of the aboriginal right (to fish for food) was not seriously in issue. It was never intended to serve as a test for determining the extent of disputed exercises of aboriginal rights.

culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Je conviens aussi avec le juge L'Heureux-Dubé qu'un droit ancestral doit faire «partie intégrante» de «l'organisation sociale et de la culture distinctive du groupe autochtones concerné». Dire cela, c'est simplement confirmer que le fondement des droits ancestraux réside dans les lois et les coutumes du peuple visé. C'est définir un attribut essentiel d'un droit ancestral. En toute déférence, toutefois, cela ne suffit pas pour constituer un critère juridique applicable pour déterminer, le cas échéant, la mesure dans laquelle la pêche commerciale peut constituer un droit ancestral. Le principe directeur de partie intégrante découle d'une description faite dans *Sparrow*, affaire où l'étendue du droit ancestral en cause (savoir celui de pêcher à des fins alimentaires) n'était pas vraiment en litige. Ce principe ne s'est jamais voulu un critère pour déterminer la portée d'exercices contestés de droits ancestraux.

256

My first concern is that the proposed test is too broad to serve as a legal distinguisher between constitutional and non-constitutional rights. While the Chief Justice in the latter part of his reasons seems to equate "integral" with "not incidental", the fact remains that "integral" is a wide concept, capable of embracing virtually everything that an aboriginal people customarily did. *The Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3rd ed. 1973), offers two definitions of "integral": 1. "Of or pertaining to a whole . . . constituent, component"; and 2. "Made up of component parts which together constitute a unity". To establish a practice as "integral" to a group's culture, it follows, one must show that the practice is part of the unity of practices which together make up that culture. This suggests a very broad definition: anything which can be said to be part of the aboriginal culture would qualify as an aboriginal right protected by the *Constitution Act, 1982*. This would confer constitutional protection on a multitude of activities, ranging from the trivial to the vital. The Chief Justice attempts to narrow the concept of "integral" by emphasizing that the proposed right must be part of what makes the group "distinctive", the "specific" people which they are, stopping short, however, of asserting that the practice must be unique

Ma première préoccupation est que le critère proposé est trop large pour servir à distinguer, en droit, les droits garantis par la Constitution de ceux qui ne le sont pas. Bien que, dans la dernière partie de ses motifs, le Juge en chef semble assimiler «partie intégrante» à «élément non accessoire», il n'en reste pas moins que la notion de «partie intégrante» est large et capable d'englober pratiquement tout ce qu'un peuple autochtone faisait sur une base coutumière. Le *Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3^e éd. 1973), donne deux acceptions du mot anglais «*integral*» («partie intégrante»): [TRADUCTION] 1. «Relatif au tout [. . .] composant, élément constitutif»; 2. «Composé d'éléments constitutifs contribuant à l'intégrité d'un ensemble». Il s'ensuit que, pour établir qu'une pratique fait «partie intégrante» de la culture d'un groupe, il faut démontrer qu'elle fait partie de l'ensemble des pratiques qui forment cette culture. Cela laisse supposer une définition très large: toute chose qui peut être considérée comme faisant partie de la culture autochtone constituerait un droit ancestral protégé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bénéficieraient ainsi de la protection de la Constitution une multitude d'activités allant des plus banales aux plus vitales. Le Juge en chef tente de restreindre la notion de «partie inté-

to the group and adhere to none other. But the addition of concepts of distinctness and specificity do not, with respect, remedy the overbreadth of the test. Minor practices, falling far short of the importance which we normally attach to constitutional rights, may qualify as distinct or specific to a group. Even the addition of the notion that the characteristic must be central or important rather than merely "incidental", fails to remedy the problem; it merely poses another problem, that of determining what is central and what is incidental to a people's culture and social organization.

The problem of overbreadth thus brings me to my second concern, the problem of indeterminacy. To the extent that one attempts to narrow the test proposed by the Chief Justice by the addition of concepts of distinctiveness, specificity and centrality, one encounters the problem that different people may entertain different ideas of what is distinctive, specific or central. To use such concepts as the markers of legal rights is to permit the determination of rights to be coloured by the subjective views of the decision-maker rather than objective norms, and to invite uncertainty and dispute as to whether a particular practice constitutes a legal right.

Finally, the proposed test is, in my respectful opinion, too categorical. Whether something is integral or not is an all or nothing test. Once it is concluded that a practice is integral to the people's culture, the right to pursue it obtains unlimited protection, subject only to the Crown's right to impose limits on the ground of justification. In this appeal, the Chief Justice's exclusion of "commercial fishing" from the right asserted masks the lack of internal limits in the integral test. But the logic of the test remains ineluctable, for all that: assum-

grante» en soulignant que le droit proposé doit faire partie de ce qui rend le groupe «distinctif», de ce qui en fait le peuple «spécifique» qu'il est, sans toutefois aller jusqu'à affirmer que la pratique doit être propre à ce groupe et n'appartenir à aucun autre. Cependant, l'addition des notions de caractère distinctif et de spécificité ne contrebalance pas, en toute déférence, la portée excessive du critère. Des pratiques mineures, qui n'ont pas l'importance que nous associons normalement aux droits de nature constitutionnelle, pourraient constituer des pratiques distinctes d'un groupe ou des pratiques spécifiques à celui-ci. Même l'ajout du facteur qui exige que la caractéristique soit fondamentale ou importante et non pas simplement «accessoire» ne résout pas le problème. Au contraire, elle ne fait que créer un problème supplémentaire, celui de déterminer ce qui est fondamental pour l'organisation sociale et la culture d'un peuple, et ce qui est accessoire.

Le problème de la portée excessive m'amène à faire état de ma deuxième préoccupation, savoir le problème de l'indétermination. Chercher à restreindre le critère proposé par le Juge en chef en y intégrant les notions de caractère distinctif, de spécificité et de caractère fondamental, c'est se buter au problème des conceptions individuelles de ce qui est distinctif, spécifique ou fondamental. Recourir à de telles notions comme balises des droits, c'est permettre que la détermination de ces droits soit teintée par les vues subjectives du décideur plutôt que fondée sur des normes objectives, c'est aussi susciter l'incertitude et la contestation dans l'examen visant à déterminer si une pratique donnée constitue un droit.

Finalement, le critère proposé est, en toute déférence, trop catégorique. Décider si une chose fait partie intégrante d'une autre, c'est appliquer le critère du tout ou rien. Une fois qu'il a été jugé qu'une pratique fait partie intégrante de la culture du peuple concerné, le droit de continuer cette pratique jouit alors d'une protection illimitée, sous réserve seulement du droit de l'État d'imposer des limites justifiées. Dans le présent pourvoi, l'exclusion par le Juge en chef de la «pêche commerciale» du droit revendiqué masque l'absence de

ing that another people in another case establishes that commercial fishing was integral to its ancestral culture, that people will, on the integral test, logically have an absolute priority over non-aboriginal and other less fortunate aboriginal fishers, subject only to justification. All others, including other native fishers unable to establish commercial fishing as integral to their particular cultures, may have no right to fish at all.

limite intrinsèque dans le critère de la partie intégrante. La logique du critère n'en demeure pas moins inéluctable malgré tout: à supposer qu'un autre peuple, dans une autre affaire, établisse que la pêche commerciale faisait partie intégrante de sa culture ancestrale, logiquement ce peuple bénéficiera alors, suivant le critère de la partie intégrante, de la priorité absolue sur les pêcheurs non autochtones et sur les autres pêcheurs autochtones moins chanceux, sous réserve seulement de l'existence de limites justifiées. Tous les autres pêcheurs, y compris les pêcheurs autochtones incapables d'établir que la pêche commerciale faisait partie intégrante de leur culture particulière, pourraient bien n'avoir aucun droit de pêche que ce soit.

259 The Chief Justice recognizes the all or nothing logic of the "integral" test in relation to commercial fishing rights in his reasons in *Gladstone*, *supra*. Having determined in that case that an aboriginal right to commercial fishing is established, he notes at para. 61 that unlike the Indian food fishery, which is defined in terms of the peoples' need for food, the right to fish commercially "has no internal limitations". Reasoning that where the test for the right imposes no internal limit on the right, the court may do so, he adopts a broad justification test which would go beyond limiting the use of the right in ways essential to its exercise as envisioned in *Sparrow*, to permit partial reallocation of the aboriginal right to non-natives. The historically based test for aboriginal rights which I propose, by contrast, possesses its own internal limits and adheres more closely to the principles that animated *Sparrow*, as I perceive them.

Dans ses motifs dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, précité, rendu à la même date, le Juge en chef reconnaît la logique du tout ou rien dont procède le critère de la «partie intégrante» en matière de droits de pêche commerciale. Après avoir conclu, dans cet arrêt, à l'existence d'un droit de pêche commerciale, il fait remarquer, au par. 61, que, contrairement à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires, qui est définie en fonction des besoins alimentaires des gens concernés, le droit de pêcher commercialement «n'est pas assorti de limite intrinsèque». Faisant le raisonnement que, dans les cas où l'application du critère de détermination de l'existence d'un droit révèle que celui-ci n'est pas assorti de limite intrinsèque, le tribunal peut en imposer une, le Juge en chef adopte un large critère de justification qui ne ferait pas que limiter, comme cela est envisagé dans *Sparrow*, l'usage du droit aux fins essentielles à son exercice, mais permettrait la réaffectation partielle du droit ancestral à des non-autochtones. Par contraste, le critère fondé sur l'histoire que je propose d'appliquer à l'égard des droits ancestraux comporte ses propres limites intrinsèques et respecte davantage les principes sur lesquels repose, selon moi, l'arrêt *Sparrow*.

(vii) The Empirical Historic Approach

(vii) L'approche empirico-historique

260 The tests proposed by my colleagues describe qualities which one would expect to find in aboriginal rights. To this extent they may be informative and helpful. But because they are overinclusive,

Les critères proposés par mes collègues définissent les attributs que sont censés posséder les droits ancestraux. Dans cette mesure, ils peuvent être informatifs et utiles. Toutefois, comme ils ont

indeterminate, and ultimately categorical, they fall short, in my respectful opinion, of providing a practically workable principle for identifying what is embraced in the term “existing aboriginal rights” in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the better approach to defining aboriginal rights is an empirical approach. Rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is, we should look to history to see what sort of practices have been identified as aboriginal rights in the past. From this we may draw inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1). Confronted by a particular claim, we should ask, “Is this like the sort of thing which the law has recognized in the past?”. This is the time-honoured methodology of the common law. Faced with a new legal problem, the court looks to the past to see how the law has dealt with similar situations in the past. The court evaluates the new situation by reference to what has been held in the past and decides how it should be characterized. In this way, legal principles evolve on an incremental, pragmatic basis.

Just as there are two fundamental types of scientific reasoning — reasoning from first principles and empirical reasoning from experience — so there are two types of legal reasoning. The approach adopted by the Chief Justice and L’Heureux-Dubé J. in this appeal may be seen as an example of reasoning from first principles. The search is for a governing principle which will control all future cases. Given the complexity and sensitivity of the issue of defining hitherto undefined aboriginal rights, the pragmatic approach typically adopted by the common law — reasoning from the experience of decided cases and recognized rights — has much to recommend it. In this spirit, and bearing in mind the important truths captured by the “integral” test proposed by the Chief Justice and L’Heureux-Dubé J., I turn to the question of

une portée excessive, qu’ils sont indéterminés et, en fin de compte, catégoriques, ils ne sauraient, en toute déférence, constituer un principe applicable, dans la pratique, pour cerner ce qui est visé par l’expression «droits ancestraux existants» au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, la meilleure façon de définir les droits ancestraux consiste à appliquer une approche empirique. Plutôt que d’essayer de définir *a priori* ce qu’est un droit ancestral, nous devons étudier l’histoire pour voir quelles sortes de pratiques ont été considérées comme des droits ancestraux dans le passé. Il est alors possible d’en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1). Lorsque nous sommes saisis d’une revendication donnée, nous devons nous demander: «S’agit-il d’une chose analogue à celles qui ont été reconnues en droit dans le passé?». C’est la méthode consacrée en common law. Le tribunal appelé à trancher un point de droit nouveau examine les solutions apportées dans le passé dans des cas analogues. Il évalue la nouvelle situation à la lumière des décisions rendues jusqu’à et décide de la qualification appropriée. Ainsi, les principes juridiques évoluent de manière progressive et pragmatique.

Tout comme il y a deux types fondamentaux de raisonnement scientifique — le raisonnement fondé sur des postulats de base et le raisonnement empirique, fondé sur l’expérience — il existe deux types de raisonnement juridique. L’approche adoptée par le Juge en chef et le juge L’Heureux-Dubé dans le présent pourvoi peut être considérée comme un exemple de raisonnement fondé sur des postulats de base. On cherche un principe directeur qui sera applicable dans tous les cas ultérieurs. Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n’ont encore jamais été définis, l’approche pragmatique généralement appliquée en common law — le raisonnement fondé sur l’expérience découlant des précédents et des droits reconnus — présente maints avantages. Dans cet esprit, et compte tenu des vérités importantes qui ressortent du critère de la «partie intégrante» proposé par le Juge en chef et par le juge L’Heureux-Dubé, je vais maintenant

261

262

what the common law and Canadian history tell us about aboriginal rights.

(viii) The Common Law Principle: Recognition of Pre-Existing Rights and Customs

263 The history of the interface of Europeans and the common law with aboriginal peoples is a long one. As might be expected of such a long history, the principles by which the interface has been governed have not always been consistently applied. Yet running through this history, from its earliest beginnings to the present time is a golden thread — the recognition by the common law of the ancestral laws and customs the aboriginal peoples who occupied the land prior to European settlement.

264 For centuries, it has been established that upon asserting sovereignty the British Crown accepted the existing property and customary rights of the territory's inhabitants. Illustrations abound. For example, after the conquest of Ireland, it was held in *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, that the Crown did not take actual possession of the land by reason of conquest and that pre-existing property rights continued. Similarly, Lord Sumner wrote in *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, at p. 233 that "it is to be presumed, in the absence of express confiscation or of subsequent expropriatory legislation, that the conqueror has respected [pre-existing aboriginal rights] and forborne to diminish or modify them". Again, Lord Denning affirmed the same rule in *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, at p. 788:

In inquiring . . . what rights are recognised, there is one guiding principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected. Whilst, therefore, the British Crown, as Sovereign, can make laws enabling it compulsorily to acquire land for public purposes, it will see that proper compensation is awarded to every one of the inhabitants who has by native law an interest in it; and the courts will declare the inhabitants entitled to compensation according to their interests,

examiner ce que nous enseignent la common law et l'histoire du Canada au sujet des droits ancestraux.

(viii) Le principe de common law: la reconnaissance des coutumes et droits préexistants

L'histoire des rapports entre les Européens et la common law, d'une part, et les peuples autochtones, d'autre part, s'étale sur une longue période. Comme on peut s'y attendre, les principes régissant ces rapports n'ont pas toujours été appliqués uniformément durant cette longue histoire. Et pourtant, cette histoire, depuis les tout débuts jusqu'à nos jours, est illuminée par un fil d'or — la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne.

Il est établi que, pendant des siècles, lorsqu'elle affirmait sa souveraineté sur un territoire, la Couronne britannique reconnaissait les droits de propriété et les droits fondés sur la coutume existants de ses occupants. Les exemples abondent. Ainsi, après la conquête de l'Irlande, il a été décidé dans l'arrêt *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, que la Couronne n'avait pas effectivement pris possession des terres par la conquête et que les droits de propriété préexistants continuaient d'exister. De même, dans *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, à la p. 233, lord Sumner a écrit [TRADUCTION] «qu'il faut présumer, en l'absence de confiscation expresse ou de loi d'expropriation ultérieure, que le conquérant a respecté [les droits ancestraux préexistants] et a renoncé à les restreindre ou à les modifier». Lord Denning a confirmé cette règle dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, à la p. 788:

[TRADUCTION] En se demandant . . . quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant: Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l'on respecte intégralement les droits de propriété des habitants. Par conséquent, bien qu'en sa qualité de souverain, elle puisse adopter des lois lui permettant d'acquérir de force des terres à des fins publiques, la Couronne britannique verra à ce qu'une juste indemnité soit accordée à chacun des habitants qui possède un intérêt en vertu du droit autochtone;

even though those interests are of a kind unknown to English law. . . . [Emphasis added.]

Most recently in *Mabo*, the Australian High Court, after a masterful review of Commonwealth and American jurisprudence on the subject, concluded that the Crown must be deemed to have taken the territories of Australia subject to existing aboriginal rights in the land, even in the absence of acknowledgment of those rights. As Brennan J. put it at p. 58: “an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was ‘desert uninhabited’” Once the “fictions” of *terra nullius* are stripped away, “[t]he nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to [the] laws and customs” of the indigenous people.

In Canada, the Courts have recognized the same principle. Thus in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 at p. 328, Judson J. referred to the asserted right “to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished”. In the same case, Hall J. (dissenting on another point) rejected at p. 416 as “wholly wrong” “the proposition that after conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer”. Subsequent decisions in this Court are consistent with the view that the Crown took the land subject to pre-existing aboriginal rights and that such rights remain in the aboriginal people, absent extinguishment or surrender by treaty.

In *Guerin, supra*, this Court re-affirmed this principle, stating at pp. 377-78:

In recognizing that the Proclamation is not the sole source of Indian title the *Calder* decision went beyond the judgment of the Privy Council in *St. Catherine's*

et les tribunaux déclareront que chaque habitant a droit à une indemnité selon son intérêt, même si pareil intérêt est d'un genre inconnu en droit anglais [Je souligne.]

Récemment, dans l'arrêt *Mabo*, la Haute Cour d'Australie, après un exposé remarquable de la jurisprudence des pays du Commonwealth et des États-Unis sur la question, a conclu que Sa Majesté doit être considérée comme ayant pris possession des territoires de l'Australie, sous réserve des droits ancestraux existants sur ces terres, même en l'absence de reconnaissance de tels droits. Comme l'a dit le juge Brennan, à la p. 58: [TRADUCTION] «un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert»». Une fois écartées les «fictions» découlant de la notion de territoire sans maître (*terra nullius*), [TRADUCTION] «[l]a nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard [aux] lois et coutumes» des autochtones visés.

Au Canada, les tribunaux ont reconnu le même principe. Ainsi, dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 à la p. 328, le juge Judson a dit que le droit revendiqué était celui «de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint». À la page 416 du même arrêt, le juge Hall (dissident sur un autre point) a rejeté comme étant «entièrement erronée» «la proposition qu'après la conquête ou la découverte, les peuples aborigènes n'ont aucun droit à l'exception de ceux qui leur sont par la suite accordés ou reconnus par le conquérant ou le découvreur». Les décisions subséquentes de notre Cour sont compatibles avec le point de vue que l'État a pris possession des terres, sous réserve des droits ancestraux préexistants, et que les autochtones conservent ces droits, en l'absence d'extinction ou de cession par traité.

Dans l'arrêt *Guerin*, précité, notre Cour a réaffirmé ce principe et déclaré ceci, aux pp. 377 et 378:

En reconnaissant que la Proclamation ne constitue pas l'unique fondement du titre indien, l'arrêt *Calder* va plus loin que l'arrêt du Conseil privé *St. Catherine's*

265

266

267

Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46. In that case Lord Watson acknowledged the existence of aboriginal title but said it had its origin in the Royal Proclamation. In this respect *Calder* is consistent with the position of Chief Justice Marshall in the leading American cases of *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), and *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), cited by Judson and Hall JJ. in their respective judgments.

In *Johnson v. M'Intosh* Marshall C.J., although he acknowledged the Proclamation of 1763 as one basis for recognition of Indian title, was nonetheless of opinion that the rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to European colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European nations in the territories of the North American continent. The principle of discovery which justified these claims gave the ultimate title in the land in a particular area to the nation which had discovered and claimed it. In that respect at least the Indians' rights in the land were obviously diminished; but their rights of occupancy and possession remained unaffected. [Emphasis added.]

This Court's judgment in *Sparrow, supra*, reaffirmed that approach.

(ix) The Nature of the Interests and Customs Recognized by the Common Law

Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson a reconnu l'existence du titre aborigène, mais a affirmé que celui-ci avait son origine dans la Proclamation royale. À cet égard, l'arrêt *Calder* est compatible avec le point de vue exprimé par le juge en chef Marshall dans les arrêts de principe américains *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), et *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), que les juges Judson et Hall ont cités dans leurs motifs respectifs.

Dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, le juge en chef Marshall, tout en reconnaissant que la Proclamation royale de 1763 constitue l'un des fondements du titre indien, a néanmoins estimé que les droits des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées avant la colonisation européenne existaient avant les revendications de souveraineté de différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et qu'ils ont continué d'exister après ces revendications. Selon le principe de la découverte, sur lequel reposaient ces revendications, les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. Sous ce rapport du moins, les droits des Indiens sur leurs terres ont été manifestement diminués, mais leurs droits d'occupation et de possession sont restés inchangés. [Je souligne.]

Notre Cour a réaffirmé ce point de vue dans *Sparrow*, précité.

(ix) La nature des intérêts et coutumes reconnus par la common law

Une chose est claire, lorsqu'elle découvrait et occupait un «nouveau» territoire, la Couronne reconnaissait les lois et coutumes des sociétés autochtones qui y vivaient, ainsi que les droits sur les terres que ces dernières avaient traditionnellement occupées et qui dérivait de ces lois et coutumes. Il a été dit que seuls seraient reconnus les intérêts juridiques coïncidant avec ceux reconnus par la common law. Toutefois, comme le juge Brennan le souligne dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 59, cette attitude rigide s'est atténuée depuis l'arrêt du Conseil privé *Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399, «[l]e principe général que la common law ne reconnaît un titre fondé sur la coutume que s'il est compatible avec la common law souffre une exception dans le cas du titre aborigène traditionnel».

This much is clear: the Crown, upon discovering and occupying a "new" territory, recognized the law and custom of the aboriginal societies it found and the rights in the lands they traditionally occupied that these supported. At one time it was suggested that only legal interests consistent with those recognized at common law would be recognized. However, as Brennan J. points out in *Mabo*, at p. 59, that rigidity has been relaxed since the decision of the Privy Council in *Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399, "[t]he general principle that the common law will recognize a customary title only if it be consistent with the common law is subject to an exception in favour of traditional native title".

It may now be affirmed with confidence that the common law accepts all types of aboriginal interests, “even though those interests are of a kind unknown to English law”: *per* Lord Denning in *Oyekan, supra*, at p. 788. What the laws, customs and resultant rights are “must be ascertained as a matter of fact” in each case, *per* Brennan J. in *Mabo*, at p. 58. It follows that the Crown in Canada must be taken as having accepted existing native laws and customs and the interests in the land and waters they gave rise to, even though they found no counterpart in the law of England. In so far as an aboriginal people under internal law or custom had used the land and its waters in the past, so it must be regarded as having the continuing right to use them, absent extinguishment or treaty.

This much appears from the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, which set out the rules by which the British proposed to govern the territories of much of what is now Canada. The Proclamation, while not the sole source of aboriginal rights, recognized the presence of aboriginals as existing occupying peoples. It further recognized that they had the right to use and alienate the rights they enjoyed the use of those territories. The assertion of British sovereignty was thus expressly recognized as not depriving the aboriginal people of Canada of their pre-existing rights; the maxim of *terra nullius* was not to govern here. Moreover, the Proclamation evidences an underlying concern for the continued sustenance of aboriginal peoples and their descendants. It stipulated that aboriginal people not be permitted to sell their land directly but only through the intermediary of the Crown. The purpose of this stipulation was to ensure that the aboriginal peoples obtained a fair exchange for the rights they enjoyed in the territories on which they had traditionally lived — an exchange which would ensure the sustenance not only of the current generation but also of generations to come. (See *Guerin, supra*, at p. 376; see also Brian Slattery, “Under-

Il est désormais possible d'affirmer avec confiance que la common law accepte tous les types d'intérêts autochtones, [TRADUCTION] «même si [les] intérêts [en question] sont d'un genre inconnu en droit anglais»: lord Denning dans l'arrêt *Oyekan*, précité, à la p. 788. La question de savoir quels sont ces lois et ces coutumes, ainsi que les droits qui en découlent, «doi[t] être déterminé[e] en tant que question de fait» dans chaque cas, le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 58. Il s'ensuit qu'il faut considérer que, au Canada, la Couronne a accepté les lois et coutumes autochtones existantes, ainsi que les intérêts dans les terres et les eaux auxquels elles donnaient naissance, même s'ils n'avaient pas d'équivalents dans le droit d'Angleterre. Dans la mesure où un peuple autochtone avait, en vertu de ses lois ou coutumes internes, utilisé les terres et les eaux s'y trouvant dans le passé, il doit être considéré comme ayant toujours le droit de les utiliser, en l'absence d'extinction ou de traité.

Voilà ce qui ressort de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, qui énonce les règles selon lesquelles les Britanniques se proposaient de gouverner une grande partie des territoires qui constituent aujourd'hui le Canada. Bien qu'elle ne soit pas l'unique source des droits ancestraux, la Proclamation a reconnu la présence des autochtones en tant que peuples occupant les territoires. Elle a aussi reconnu qu'ils avaient le droit d'utiliser ces territoires et de se départir de ces droits d'usage. Il y est donc expressément reconnu que l'affirmation de la souveraineté britannique n'avait pas pour effet de priver les autochtones du Canada de leurs droits préexistants; la règle du territoire sans maître ne devrait pas s'appliquer ici. De plus, la Proclamation atteste le souci d'assurer aux peuples autochtones et à leurs descendants la possibilité de pourvoir à leur subsistance. Il y est stipulé que les autochtones ne sont pas autorisés à vendre leurs terres directement, mais qu'ils doivent le faire seulement par l'entremise de Sa Majesté. Cette stipulation visait à faire en sorte que les peuples autochtones reçoivent une juste contrepartie en échange des droits dont ils jouissaient sur les terres où ils avaient vécu traditionnellement — contrepartie qui assurerait la sub-

standing Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.)

271 The stipulation against direct sale to Europeans was coupled with a policy of entering into treaties with various aboriginal peoples. The treaties typically sought to provide the people in question with a land base, termed a reserve, as well as other benefits enuring to the signatories and generations to come — cash payments, blankets, foodstuffs and so on. Usually the treaties conferred a continuing right to hunt and fish on Crown lands. Thus the treaties recognized that by their own laws and customs, the aboriginal people had lived off the land and its waters. They sought to preserve this right in so far as possible as well as to supplement it to make up for the territories ceded to settlement.

272 These arrangements bear testimony to the acceptance by the colonizers of the principle that the aboriginal peoples who occupied what is now Canada were regarded as possessing the aboriginal right to live off their lands and the resources found in their forests and streams to the extent they had traditionally done so. The fundamental understanding — the *Grundnorm* of settlement in Canada — was that the aboriginal people could only be deprived of the sustenance they traditionally drew from the land and adjacent waters by solemn treaty with the Crown, on terms that would ensure to them and to their successors a replacement for the livelihood that their lands, forests and streams had since ancestral times provided them. (In making this comment, I do not foreclose the possibility that other arguments might be made with respect to areas in Canada settled by France.)

273 The same notions held sway in the colony of British Columbia prior to union with Canada in 1871. An early governor, Governor Douglas, pro-

sistance non seulement de la génération cédant les droits mais celle des générations futures. (Voir *Guerin*, précité, à la p. 376; voir aussi Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.)

La stipulation interdisant la vente directe aux Européens s'ajoutait à une politique visant la conclusion de traités avec les peuples autochtones. Les traités avaient généralement pour but de fournir aux autochtones concernés une assise territoriale, appelée réserve, ainsi que des avantages pour les signataires et leurs descendants — paiements en espèces, couvertures, denrées alimentaires et autres choses du genre. D'ordinaire, les traités conféraient un droit permanent de chasse et de pêche sur les terres domaniales. Les traités reconnaissaient donc le fait que, suivant leurs propres lois et coutumes, les autochtones tiraient leur subsistance du territoire et des eaux s'y trouvant, et ils visaient à préserver ce droit dans toute la mesure du possible et à le compléter pour compenser les territoires cédés à des fins de colonisation.

Ces dispositions témoignent de l'acceptation par les colonisateurs du principe que les peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada étaient considérés comme possédant le droit ancestral de tirer leur subsistance de leurs terres et des ressources des forêts et des cours d'eau, dans la mesure où ils l'avaient fait traditionnellement. La stipulation essentielle — la norme fondamentale de la colonisation au Canada — était que les peuples autochtones ne pouvaient être privés des moyens de subsistance qu'ils tiraient traditionnellement des terres et des eaux y adjacentes que par un traité solennel conclu avec Sa Majesté, à des conditions garantissant à ceux-ci ainsi qu'à leurs descendants des moyens de remplacer la subsistance qu'ils tiraient, depuis les temps ancestraux, des terres, forêts et cours d'eau. (En faisant cette observation, je n'exclus pas la possibilité que d'autres arguments puissent être présentés relativement aux régions du pays colonisées par la France.)

Les mêmes notions avaient cours dans la colonie de la Colombie-Britannique avant son union avec le Canada en 1871. Un des premiers gouverneurs,

nounced a policy of negotiating solemn treaties with the aboriginal peoples similar to that pursued elsewhere in Canada. Tragically, that policy was overtaken by the less generous views that accompanied the rapid settlement of British Columbia. The policy of negotiating treaties with the aboriginals was never formally abandoned. It was simply overridden, as the settlers, aided by administrations more concerned for short-term solutions than the duty of the Crown toward the first peoples of the colony settled where they wished and allocated to the aboriginals what they deemed appropriate. This did not prevent the aboriginal peoples of British Columbia from persistently asserting their right to an honourable settlement of their ancestral rights — a settlement which most of them still await. Nor does it negate the fundamental proposition acknowledged generally throughout Canada's history of settlement that the aboriginal occupants of particular territories have the right to use and be sustained by those territories.

Generally speaking, aboriginal rights in Canada were group rights. A particular aboriginal group lived on or controlled a particular territory for the benefit of the group as a whole. The aboriginal rights of such a group inure to the descendants of the group, so long as they maintain their connection with the territory or resource in question. In Canada, as in Australia, "many clans or groups of indigenous people have been physically separated from their traditional land and have lost their connexion with it" (p. 59). But "[w]here a clan or group has continued to acknowledge the laws and (so far as practicable) to observe the customs based on the traditions of that clan or group, whereby their traditional connexion with the land has been substantially maintained, the traditional community title of that clan or group can be said to remain in existence" (*Mabo*, at pp. 59-60).

Douglas, a établi une politique de négociation de traités solennels avec les peuples autochtones analogue à celle appliquée ailleurs au Canada. Tragiquement, cette politique a été écartée par la vision moins généreuse qui a accompagné la colonisation rapide de la Colombie-Britannique. La politique de négociation de traités avec les autochtones n'a jamais été officiellement abandonnée. Elle a simplement été foulée aux pieds parce que les colons, avec l'appui d'administrations plus soucieuses d'appliquer des solutions à court terme que de respecter les obligations de la Couronne envers les premiers habitants de la colonie, se sont établis là où ils le voulaient et ils n'ont accordé aux autochtones que ce qu'ils jugeaient convenable. Cela n'a pas empêché les peuples autochtones de la Colombie-Britannique de faire valoir avec ténacité leur droit d'obtenir un règlement honorable de leurs droits ancestraux — règlement que la plupart d'entre eux attendent encore. Cela n'invalide pas non plus la proposition fondamentale, généralement reconnue tout au long de l'histoire de la colonisation du pays, que les occupants autochtones de territoires donnés ont le droit d'utiliser ces territoires et d'en tirer leur subsistance.

De façon générale, les droits ancestraux au Canada étaient des droits collectifs. Un groupe d'autochtones particulier habitait un territoire ou exerçait sa domination sur celui-ci au profit de l'ensemble du groupe. Les droits ancestraux de ce groupe échoient aux descendants du groupe, tant que ceux-ci maintiennent des liens avec le territoire ou la ressource en question. Au Canada, tout comme en Australie, [TRADUCTION] «de nombreux clans ou groupes d'autochtones ont été physiquement séparés de leur territoire traditionnel et ils ont cessé d'être rattachés à celui-ci» (p. 59). Toutefois, [TRADUCTION] «[q]uand un clan ou un groupe a continué de reconnaître les lois et (si c'était matériellement possible) d'observer les coutumes fondées sur ses traditions, maintenant ainsi de façon substantielle ses liens traditionnels avec le territoire, il est possible d'affirmer que le titre communautaire traditionnel de ce clan ou groupe a continué d'exister» (arrêt *Mabo*, aux pp. 59 et 60).

275 It thus emerges that the common law and those who regulated the British settlement of this country predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles. The first was the general principle that the Crown took subject to existing aboriginal interests in the lands they traditionally occupied and their adjacent waters, even though those interests might not be of a type recognized by British law. The second, which may be viewed as an application of the first, is that the interests which aboriginal peoples had in using the land and adjacent waters for their sustenance were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for its sustenance may be seen as a fundamental aboriginal right. It is supported by the common law and by the history of this country. It may safely be said to be enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

(x) The Right to Fish for Sale

276 Against this background, I come to the issue at the heart of this case. Do aboriginal people enjoy a constitutional right to fish for commercial purposes under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*? The answer is yes, to the extent that the people in question can show that it traditionally used the fishery to provide needs which are being met through the trade.

277 If an aboriginal people can establish that it traditionally fished in a certain area, it continues to have a similar right to do so, barring extinguishment or treaty. The same justice that compelled those who drafted treaties with the aboriginals in the nineteenth century to make provision for the continuing sustenance of the people from the land, compels those dealing with aboriginals with whom treaties were never made, like the Sto:lo, to make similar provision.

Il ressort donc de ces observations que la common law et les responsables de la colonisation britannique de notre pays ont fondé leurs rapports avec les autochtones sur deux principes fondamentaux. Le premier était le principe général que Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes, même s'il ne s'agissait pas de droits appartenant à un type reconnu par le droit britannique. Le second, qui peut être considéré comme une application du premier, est que les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones visés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance peut être considéré comme un droit ancestral fondamental. Il trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays. Il est possible d'affirmer avec confiance que ce droit est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

(x) Le droit de pêcher en vue de la vente

Après avoir exposé le contexte, j'aborde maintenant la question qui est au cœur du présent pourvoi. Les autochtones possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit constitutionnel de pêcher à des fins commerciales? La réponse est oui, dans la mesure où les autochtones concernés peuvent démontrer qu'ils ont traditionnellement utilisé la pêche pour pourvoir à des besoins qui sont satisfaits par le commerce.

Si des autochtones peuvent établir qu'ils ont traditionnellement pêché dans un certain secteur, ils continuent d'avoir le droit de le faire, sauf extinction ou traité. Le même sentiment de justice qui obligeait ceux qui rédigeaient les traités conclus avec les autochtones au XIX^e siècle à inclure dans ceux-ci des dispositions pour que les autochtones puissent continuer à tirer leur subsistance du territoire oblige ceux qui transigent avec des autochtones qui n'ont jamais conclu de traité, comme les Sto:lo, à prendre de telles mesures.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained from the portion of the river or sea. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. At its base, the right is not the right to trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for the traditional needs, albeit in their modern form. However, if the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what it traditionally obtained from the resource. In most cases, one would expect the aboriginal right to trade to be confined to what is necessary to provide basic housing, transportation, clothing and amenities — the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery, over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers. On this principle, where the aboriginal people can demonstrate that they historically have drawn a moderate livelihood from the fishery, the aboriginal right to a "moderate livelihood" from the fishery may be established (as Lambert J.A. concluded in the British Columbia

278
Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés ont traditionnellement tiré du secteur exploité. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Essentiellement, ce n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Toutefois, si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

279
Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource. Dans la plupart des cas, il est permis de penser que le droit ancestral de commercer se limite à ce qui est nécessaire pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche, en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive. Suivant ce principe, si les autochtones peuvent démontrer qu'ils ont histori-

Court of Appeal). However, there is no automatic entitlement to a moderate or any other livelihood from a particular resource. The inquiry into what aboriginal rights a particular people possess is an inquiry of fact, as we have seen. The right is established only to the extent that the aboriginal group in question can establish historical reliance on the resource. For example, evidence that a people used a water resource only for occasional food and sport fishing would not support a right to fish for purposes of sale, much less to fish to the extent needed to provide a moderate livelihood. There is, on this view, no generic right of commercial fishing, large-scale or small. There is only the right of a particular aboriginal people to take from the resource the modern equivalent of what by aboriginal law and custom it historically took. This conclusion echoes the suggestion in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, approved by Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, of a "limited" aboriginal priority to commercial fishing.

quement tiré une subsistance convenable de la pêche, il est alors possible d'établir l'existence d'un droit ancestral de tirer une «subsistance convenable» de la pêche (comme l'a conclu le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique). Cependant, il n'existe pas automatiquement de droit de tirer une subsistance convenable ou autre d'une ressource particulière. Comme nous l'avons vu, l'examen de la nature des droits ancestraux que possède un peuple donné porte sur les faits. L'existence du droit n'est établie que dans la mesure où le peuple autochtone en cause peut démontrer qu'il a traditionnellement exploité la ressource. Par exemple, la preuve qu'un peuple utilisait des eaux seulement à seules fins d'y pêcher occasionnellement à des fins alimentaires et sportives n'appuierait pas l'existence du droit de pêcher en vue de vendre du poisson, et encore moins de pêcher dans la mesure requise pour s'assurer une subsistance convenable. À mon avis, il n'existe pas de droit général de pêche commerciale, à quelque échelle que ce soit. Le seul droit qui existe est celui que possède un peuple autochtone particulier de tirer de la ressource l'équivalent moderne de ce qu'il en a historiquement tiré suivant les lois et coutumes autochtones. Cette conclusion reprend l'opinion qui a été émise dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, et approuvée par le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, et suivant laquelle les autochtones jouissant d'une priorité «restreinte» en matière de pêche commerciale.

280

A further limitation is that all aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. These aboriginal rights are founded on the right of the people to use the land and adjacent waters. There can be no use, on the long term, unless the product of the lands and adjacent waters is maintained. So maintenance of the land and the waters comes first. To this may be added a related limitation. Any right, aboriginal or other, by its very nature carries with it the obligation to use it responsibly. It cannot be used, for example, in a way which harms people, aboriginal or non-aboriginal. It is up to the Crown to establish a regulatory regime which respects these objectives. In the analytic framework usually

Une autre limite est que tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Ces droits ancestraux sont fondés sur le droit des autochtones concernés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes. À long terme cette utilisation est impossible à moins de protéger les produits tirés des terres et des eaux adjacentes à celles-ci. La protection des terres et des eaux vient donc au premier rang. À tout cela, s'ajoute une limite connexe. En effet, tout droit — ancestral ou autre — emporte de par sa nature même l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Par exemple, il ne peut être utilisé d'une manière préjudiciable à autrui, qu'il s'agisse ou non d'autoch-

used in cases such as this, the right of the government to limit the aboriginal fishery on grounds such as these is treated as a matter of justifying a limit on a "*prima facie*" aboriginal right. Following this framework, I will deal with it in greater detail under the heading of justification.

(xi) Is an Aboriginal Right to Sell Fish for Commerce Established in this Case?

I have concluded that subject to conservation needs, aboriginal peoples may possess a constitutional right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to use a resource such as a river site beside which they have traditionally lived to provide the modern equivalent of the amenities which they traditionally have obtained from the resource, whether directly or indirectly, through trade. The question is whether, on the evidence, Mrs. Van der Peet has established that the Sto:lo possessed such a right.

The evidence establishes that by custom of the aboriginal people of British Columbia, the Sto:lo have lived since time immemorial at the place of their present settlement on the banks of the Fraser River. It also establishes that as a fishing people, they have for centuries used the fish from that river to sustain themselves. One may assume that the forest and vegetation on the land provided some of their shelter and clothing. However, their history indicates that even in days prior to European contact, the Sto:lo relied on fish, not only for food and ceremonial purposes, but also for the purposes of obtaining other goods through trade. Prior to contact with Europeans, this trade took place with other tribes; after contact, sales on a larger scale were made to the Hudson's Bay Company, a practice which continued for almost a century. In summary, the evidence conclusively establishes that over many centuries, the Sto:lo have used the fishery not only for food and ceremonial purposes, but

tones. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs. Conformément au cadre d'analyse habituellement appliqué dans les cas comme celui qui nous occupe, le droit de l'État de restreindre la pêche autochtone pour des motifs de cet ordre soulève la question de la justification des limites apportées à un droit ancestral dont l'existence a été établie à première vue. Appliquant ce cadre, je vais étudier ce point plus en détail lorsque je traiterai de la justification.

(xi) L'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement a-t-elle été établie en l'espèce?

J'ai conclu que, sous réserve des besoins de conservation, il est possible que des peuples autochtones possèdent, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit constitutionnel d'utiliser une ressource tel un secteur dans une rivière au bord de laquelle ils ont traditionnellement vécu, pour en tirer l'équivalent moderne des commodités de la vie qu'ils ont traditionnellement obtenues au moyen de cette ressource, directement ou indirectement, par voie d'échange. Il s'agit de décider si, d'après la preuve, M^{me} Van der Peet a établi que les Sto:lo possèdent un tel droit.

La preuve établit que, selon la coutume des autochtones de la Colombie-Britannique, les Sto:lo vivent depuis des temps immémoriaux au lieu de leur établissement actuel sur les berges du fleuve Fraser. La preuve démontre également que, en tant que pêcheurs, ils utilisent depuis des siècles le poisson de ce fleuve pour assurer leur subsistance. Il est permis de supposer qu'ils ont tiré des forêts et de la végétation une partie des choses nécessaires pour se loger et se vêtir. Toutefois, leur histoire indique que, même avant l'arrivée des Européens, les Sto:lo exploitaient le poisson non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais également pour obtenir d'autres biens par voie d'échange. Avant le contact avec les Européens, ces échanges avaient lieu avec d'autres tribus. Après le contact, des ventes à une plus grande échelle ont été faites à la Compagnie de la Baie d'Hudson, pratique qui s'est poursuivie pendant presque un siècle. En résumé, la preuve établit

281

282

also to satisfy a variety of other needs. Unless that right has been extinguished, and subject always to conservation requirements, they are entitled to continue to use the river for these purposes. To the extent that trade is required to achieve this end, it falls within that right.

décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. À moins que ce droit ait été éteint, et sous réserve toujours des exigences en matière de conservation, les Sto:lo ont le droit de continuer d'exploiter le fleuve à ces fins. Dans la mesure où le commerce est nécessaire pour réaliser cet objectif, il fait partie de ce droit.

283 I agree with L'Heureux-Dubé J. that the scale of fishing evidenced by the case at bar falls well within the limit of the traditional fishery and the moderate livelihood it provided to the Sto:lo.

Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que l'ampleur des activités de pêche révélées par la preuve reste bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle pratiquée par les Sto:lo et de la subsistance convenable qu'ils en tiraient.

284 For these reasons I conclude that Mrs. Van der Peet's sale of the fish can be defended as an exercise of her aboriginal right, unless that right has been extinguished.

Pour ces motifs, je conclus que la vente du poisson par M^{me} Van der Peet peut être justifiée comme étant l'exercice de son droit ancestral, à moins que ce droit ait été éteint.

B. *Is the Aboriginal Right Extinguished?*

B. *Le droit ancestral a-t-il été éteint?*

285 The Crown has never concluded a treaty with the Sto:lo extinguishing its aboriginal right to fish. However, it argues that any right the Sto:lo people possess to fish commercially was extinguished prior to 1982 through regulations limiting commercial fishing by licence. The appellant, for her part, argues that general regulations controlling the fishery do not evidence the intent necessary to establish extinguishment of an aboriginal right.

L'État n'a jamais conclu avec les Sto:lo de traité éteignant leur droit de pêche ancestral. Le ministère public soutient toutefois que tout droit des Sto:lo de pêcher commercialement a été éteint avant 1982 par voie de règlements limitant la pêche commerciale aux activités pratiquées en vertu de permis. Pour sa part, l'appelante affirme que des règlements généraux visant à contrôler la pêche n'attestent pas l'intention nécessaire pour établir l'extinction d'un droit ancestral.

286 For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain": *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. The Canadian test for extinguishment of aboriginal rights borrows from the American test, enunciated in *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), at pp. 739-40: "[w]hat is essential [to satisfy the "clear and plain" test] is clear evidence that [the government] actually considered the conflict between its intended action on the one hand and Indian treaty rights on the other, and chose to resolve that conflict by abrogating the treaty" or right.

Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse»: *Sparrow*, précité, à la p. 1099. Le critère appliqué au Canada en matière d'extinction des droits ancestraux s'inspire du critère américain énoncé dans l'arrêt *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), aux pp. 739 et 740: [TRADUCTION] «[c]e qui est essentiel [pour satisfaire au critère de l'intention «claire et expresse»], c'est une preuve claire que [l'État] a réellement pris en considération le conflit entre la mesure qu'il entend prendre, d'une part, et les droits issus de traités des Indiens, d'autre part, et qu'il a choisi de résoudre ce conflit en abrogeant le traité» ou le droit.

Following this approach, this Court in *Sparrow* rejected the Crown's argument that pre-1982 regulations imposing conditions on the exercise of an aboriginal right extinguished it to the extent of the regulation. To accept that argument, it reasoned at p. 1091, would be to elevate such regulations as applied in 1982 to constitutional status and to "incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations". Rejecting this "snapshot" approach to constitutional rights, the Court distinguished between regulation of the exercise of a right, and extinguishment of the right itself.

In this case, the Crown argues that while the regulatory scheme may not have extinguished the aboriginal right to fish for food (*Sparrow*) it nevertheless extinguished any aboriginal right to fish for sale. It relies in particular on Order in Council, P.C. 2539, of September 11, 1917, which provided:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their practice of catching salmon they have been permitted to do so for their own food purposes only. . . .

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Appliquant cette approche, notre Cour a, dans *Sparrow*, rejeté l'argument du ministère public que les règlements d'avant 1982 qui assujétissaient l'exercice d'un droit ancestral à certaines conditions avaient eu pour effet d'éteindre ce droit dans la mesure des conditions imposées. Accepter cet argument, a raisonné notre Cour, à la p. 1091, reviendrait à conférer un statut constitutionnel aux règlements applicables en 1982 et à «introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates». Rejetant l'application de cette approche «ponctuelle» aux droits constitutionnels, notre Cour a établi une distinction entre la réglementation de l'exercice d'un droit et l'extinction du droit lui-même.

En l'espèce, le ministère public prétend que, bien que le régime de réglementation n'ait peut-être pas éteint le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires (*Sparrow*), il a néanmoins éteint tout droit ancestral de pêcher à des fins de vente. Le ministère public se fonde en particulier sur le décret C.P. 2539 du 11 septembre 1917, qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement . . .

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que le présent règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la *Loi des pêcheries*, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit:

2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé . . .

289 The argument that Regulation 2539 extinguished any aboriginal right to fish commercial faces two difficulties. The first is the absence of any indication that the government of the day considered the aboriginal right on the one hand, and the effect of its proposed action on that right on the other, as required by the "clear and plain" test. There is no recognition in the words of the regulation of any aboriginal right to fish. They acknowledge no more than an aboriginal "practice" of fishing for food. The regulation takes note of the aboriginal position that the regulations confining them to food fishing are "ineffective". However, it does not accept that position. It rather rejects it and affirms that free fishing by natives for sale will not be permitted. This does not meet the test for regulatory extinction of aboriginal rights which requires: acknowledgment of right, conflict of the right proposed with policy, and resolution of the two.

L'argument que le règlement 2539 a éteint tout droit ancestral de pêche commerciale se heurte à deux difficultés. La première est l'absence de toute indication que le gouvernement d'alors a, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», pris en considération le droit ancestral, d'une part, et l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre, d'autre part. Le texte du règlement ne reconnaît d'aucune façon l'existence de quelque droit de pêche ancestral. On y reconnaît tout au plus l'existence d'une «pratique» des autochtones de pêcher à des fins alimentaires. Le règlement constate la position des autochtones que le règlement qui ne les autorise qu'à pêcher pour se nourrir est «inefficace». Toutefois, cette position n'est pas acceptée, mais au contraire rejetée, et on déclare que les autochtones ne seront pas libres de pêcher dans le but de vendre du poisson. Cela ne satisfait pas au critère de l'extinction des droits ancestraux par voie de réglementation, critère qui comprend trois éléments: la reconnaissance de l'existence du droit; un conflit entre le droit et la politique proposée; la résolution du conflit.

290 The second difficulty the Crown's argument encounters is that the passage quoted does not present a full picture of the regulatory scheme imposed. To determine the intent of Parliament, one must consider the statute as a whole: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994). Similarly, to determine the intent of the Governor in Council making a regulation, one must look to the effect of a regulatory scheme as a whole.

La seconde difficulté à laquelle se bute l'argument du ministère public est que le passage cité ne présente pas un tableau complet du régime de réglementation imposé. Pour dégager l'intention du législateur fédéral, il faut examiner une loi dans son ensemble: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994). De même, pour établir quelle était l'intention du gouverneur en conseil lorsqu'il a pris un règlement, il faut tenir compte de l'effet de l'ensemble du régime de réglementation.

291 The effect of Regulation 2539 was that Indians were no longer permitted to sell fish caught pursuant to their right to fish for food. However, Regu-

L'effet du règlement 2539 était que les Indiens n'étaient désormais plus autorisés à vendre le poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins

lation 2539 was only a small part of a much larger regulatory scheme, dating back to 1908, in which aboriginal peoples played a significant part. While the 1917 regulation prohibits aboriginal peoples from selling fish obtained under their food rights, it did not prevent them from obtaining licences to fish commercially under the general regulatory scheme laid down in 1908 and modified through the years. In this way, the regulations recognized the aboriginal right to participate in the commercial fishery. Instead of barring aboriginal fishers from the commercial fishery, government regulations and policy before and after 1917 have consistently given them preferences in obtaining the necessary commercial licences. Far from extinguishing the aboriginal right to fish, this policy may be seen as tacit acceptance of a "limited priority" in aboriginal fishers to the commercial fishery of which Dickson J. spoke in *Jack* and which was approved in *Sparrow*.

Evidence of the participation in commercial fishing by aboriginal people prior to the regulations in 1917 in commercial fishing was discussed by Dickson J. in *Jack, supra*. That case was concerned with the policy of the Colonialists prior to Confederation. Without repeating the entirety of that discussion here, it is sufficient to note the conclusion reached at p. 311:

... the Colony gave priority to the Indian fishery as an appropriate pursuit for the coastal Indians, primarily for food purposes and, to a lesser extent, for barter purposes with the white residents.

This limited priority for aboriginal commercial fishing is reflected in the government policy of extending preferences to aboriginals engaged in the fishery. The 1954 Regulations, as amended in 1974, provided for reduced licensing fees for aboriginal fishers. For example, either a gill-net fishing licence that would cost a non-aboriginal fisher \$2,000, or a seine fishing licence that would cost a non-native fisher \$200, would cost a native

alimentaires. Toutefois, le règlement 2539 n'était qu'une petite partie d'un régime de réglementation beaucoup plus large, datant de 1908 et dans le cadre duquel les peuples autochtones jouaient un rôle important. Même si le règlement de 1917 interdit aux autochtones de vendre du poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins alimentaires, il ne les empêche pas d'obtenir des permis de pêche commerciale sous l'empire du régime général établi en 1908 et modifié au fil des ans. Vu sous cet angle, le règlement reconnaissait le droit des autochtones de participer à la pêche commerciale. Au lieu d'interdire la pêche commerciale aux pêcheurs autochtones, la réglementation et la politique gouvernementales, tant avant qu'après 1917, leur ont continuellement accordé des mesures préférentielles en vue de l'obtention des permis de pêche commerciale requis. Il est possible d'affirmer que, loin d'éteindre le droit de pêche ancestral, cette politique peut être considérée comme une acceptation tacite de la [TRADUCTION] «priorité restreinte» des pêcheurs autochtones en matière de pêche commerciale dont a fait état le juge Dickson dans l'arrêt *Jack* et qui a été approuvée dans *Sparrow*.

La preuve de la participation des autochtones à la pêche commerciale avant la réglementation, en 1917, de la pêche commerciale a été examinée par le juge Dickson dans *Jack*, précité. Cette affaire portait sur la politique des colonialistes avant la Confédération. Sans répéter l'intégralité des propos du juge Dickson, il suffit de citer la conclusion qu'il tire, à la p. 311:

... la colonie accordait la priorité à la pêche par les Indiens des régions côtières parce qu'elle leur permettait d'abord de se nourrir et, à un degré moindre, de faire du troc avec les Blancs.

Cette priorité restreinte accordée à la pêche commerciale autochtone ressort de la politique de l'État qui consiste à prendre des mesures préférentielles en faveur des autochtones qui participent à cette pêche. Le règlement de 1954, modifié en 1974, fixait des droits de permis réduits pour ces derniers. Par exemple, les permis de pêche au filet maillant et les permis de pêche à la seine qui coûtaient respectivement 2 000 \$ et 200 \$ aux

292

293

fisher \$10. Moreover, the evidence available indicates that there has been significant aboriginal participation in the commercial fishery. Specifically, a review of aboriginal participation in the commercial fishery for 1985 found that 20.5 per cent of the commercial fleet was Indian-owned or Indian-operated and that that segment of the commercial fleet catches 27.7 per cent of the commercial catch. Since the regulatory scheme is cast in terms of individual rights, it has never expressly recognized the right of a particular aboriginal group to a specific portion of the fishery. However, it has done so implicitly by granting aboriginal fishers preferences based on their membership in an aboriginal group.

pêcheurs non autochtones ne coûtaient que 10 \$ aux pêcheurs autochtones. De plus, la preuve disponible indique que les autochtones participent de façon importante à la pêche commerciale. De façon plus précise, une étude sur la participation des autochtones à la pêche commerciale en 1985 a révélé que 20,5 pour 100 de la flotte commerciale appartenait à des Indiens ou était exploitée par des Indiens, et que cette partie de la flotte comptait pour 27,7 pour 100 des prises commerciales. Comme le régime de réglementation est établi en fonction des droits individuels, on n'y a jamais reconnu expressément le droit d'un groupe particulier d'autochtones à une part déterminée de la pêche. Toutefois, cette reconnaissance découle implicitement des mesures préférentielles accordées aux pêcheurs autochtones du fait de leur appartenance à un groupe autochtone.

294 It thus emerges that the regulatory scheme in place since 1908, far from extinguishing the aboriginal right to fish for sale, confirms that right and even suggests recognition of a limited priority in its exercise. I conclude that the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance has not been extinguished.

Il s'ensuit donc que, loin d'avoir éteint le droit ancestral de pêcher à des fins de vente, le régime de réglementation en place depuis 1908 confirme ce droit et tend même à reconnaître une priorité restreinte à l'exercice de ce droit. Je conclus que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

295 The remaining questions are whether the regulation infringes the Sto:lo's aboriginal right to fish for trade to supplement the fish they took for food and ceremonial purposes and, if so, whether that infringement constitutes a justifiable limitation on the right.

Les questions qu'il reste à trancher sont celles de savoir si la disposition réglementaire en cause porte atteinte au droit ancestral des Sto:lo de prendre, à des fins de vente, du poisson en sus de celui qu'ils prenaient à des fins alimentaires et rituelles, et, dans l'affirmative, si cette atteinte constitue une limitation justifiable de ce droit.

2. Is the Aboriginal Right Infringed?

2. Y a-t-il atteinte au droit ancestral?

296 The right established, the next inquiry, following *Sparrow*, is whether the regulation constitutes a *prima facie* infringement of the aboriginal right. If it does, the inquiry moves on to the question of whether the *prima facie* infringement is justified.

Une fois l'existence du droit établie, l'étape suivante de l'examen prévu par l'arrêt *Sparrow* consiste à déterminer si le règlement constitue une atteinte à première vue au droit ancestral. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander si l'atteinte à première vue est justifiée.

297 The test for *prima facie* infringement prescribed by *Sparrow* is "whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right" (p. 1111). If it has this effect, the *prima facie* infringement is made out. Having set

Le critère de l'atteinte à première vue, prescrit par l'arrêt *Sparrow*, consiste à déterminer «si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant» (p. 1111). Si oui, l'atteinte à première vue est établie. Après avoir énoncé ce

out this test, Dickson C.J. and La Forest J. supplement it by stating that the court should consider whether the limit is unreasonable, whether it imposes undue hardship, and whether it denies to the holders of the right their "preferred means of exercising that right" (p. 1112). These questions appear more relevant to the stage two justification analysis than to determining the *prima facie* right; as the Chief Justice notes in *Gladstone* (at para. 43), they seem to contradict the primary assertion that a measure which has the effect of interfering with the aboriginal right constitutes a *prima facie* violation. In any event, I agree with the Chief Justice that a negative answer to the supplementary questions does not negate a *prima facie* infringement.

The question is whether the regulatory scheme under which Mrs. Van der Peet stands charged has the "effect" of "interfering with an existing aboriginal right", in this case the right of the Sto:lo to sell fish to the extent required to provide for needs they traditionally by native law and custom took from the section of the river whose banks they occupied. The inquiry into infringement in a case like this may be viewed in two stages. At the first stage, the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to do what he or she did. That established, it falls to the Crown to show that the regulatory scheme meets the particular entitlement of the Sto:lo to fish for sustenance.

The first requirement is satisfied in this case by demonstration of the aboriginal right to sell fish prohibited by regulation. The second requirement, however, has not been satisfied. Notwithstanding the evidence that aboriginal fishers as a class enjoy a significant portion of the legal commercial market and that considerable fish caught as "food fish" is illegally sold, the Crown has not established that the existing regulations satisfy the particular right of the Sto:lo to fish commercially for sustenance.

critère, le juge en chef Dickson et le juge La Forest le complètent en déclarant que le tribunal doit se demander si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse et si elle refuse aux titulaires du droit le recours à «leur moyen préféré de l'exercer» (p. 1112). Or, ces questions semblent plus pertinentes pour la seconde étape de l'analyse, celle de la justification, que pour l'établissement du droit à première vue. Comme le souligne le Juge en chef dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 43), ces questions semblent contredire l'assertion de départ selon laquelle une mesure qui a pour effet de porter atteinte au droit ancestral constitue une violation à première vue. Quoi qu'il en soit, je conviens avec le Juge en chef qu'une réponse négative aux questions supplémentaires n'exclut pas de l'existence d'une atteinte à première vue.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le régime de réglementation en vertu duquel Mme Van der Peet est accusée a «pour effet» de «porter atteinte à un droit ancestral existant», en l'occurrence le droit des Sto:lo de vendre du poisson dans la mesure nécessaire pour pourvoir aux besoins qu'ils ont traditionnellement satisfaits en exploitant, conformément aux lois et coutumes autochtones, le secteur du fleuve dont ils occupaient les berges. Dans un cas comme la présente espèce, l'examen de la question de l'atteinte peut être considéré comme comportant deux étapes. Au cours de la première étape, la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait. Une fois ce droit établi, il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance.

En l'espèce, la première condition est remplie par la preuve de l'existence du droit ancestral de vendre du poisson qui est interdit par le règlement. Toutefois, la deuxième condition n'est pas remplie. En effet, malgré la preuve que les pêcheurs autochtones jouissent, collectivement, d'une part importante du marché commercial légal et qu'une quantité considérable de poisson pris «à des fins alimentaires» est vendue illégalement, le ministère public n'a pas établi que la réglementation exis-

The issue is not the quantity of fish currently caught, which may or may not satisfy the band's sustenance requirements. The point is rather that the Crown, by denying the Sto:lo the right to sell any quantity of fish, denies their limited aboriginal right to sell fish for sustenance. The conclusion of *prima facie* infringement of the collective aboriginal right necessarily follows.

tante respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher commercialement à des fins de subsistance. Le litige ne porte pas sur la quantité de poisson qui est prise présentement, quantité qui peut ou non satisfaire les besoins de la bande pour assurer sa subsistance. Il s'agit plutôt de savoir si, en niant aux Sto:lo le droit de vendre toute quantité de poisson, l'État les prive de leur droit ancestral restreint de vendre du poisson à des fins de subsistance. D'où la conclusion inéluctable qu'il y a atteinte à première vue au droit ancestral collectif.

300 The Crown argued that regulation of a fishery to meet the sustenance needs of a particular aboriginal people is administratively unworkable. The appellant responded with evidence of effective regulation in the State of Washington of aboriginal treaty rights to sustenance fishing. I conclude that the sustenance standard is not so inherently indeterminate that it cannot be regulated. It is for the Crown, charged with administering the resource, to determine effective means to regulate its lawful use. The fact that current regulations fail to do so confirms the infringement, rather than providing a defence to it.

Le ministère public a fait valoir qu'il est administrativement impossible de réglementer une pêche de manière à respecter les besoins d'un peuple autochtone particulier à des fins de subsistance. L'appelante a répliqué en présentant des éléments de preuve indiquant que, dans l'État de Washington, on réglemente de façon efficace les droits issus de traités des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. J'en conclus que la norme des besoins en matière de subsistance n'est pas si intrinsèquement indéterminée qu'elle ne peut être réglementée. Il appartient à l'État, qui est chargé de la gestion de la ressource, de mettre en œuvre des moyens efficaces d'en réglementer l'utilisation légale. Le fait que la réglementation actuelle soit déficiente à cet égard confirme l'atteinte, au lieu de la justifier.

3. Is the Government's Limitation of Mrs. Van der Peet's Right to Fish for Sustenance Justified?

3. La restriction par l'État du droit de M^{me} Van der Peet de pêcher à des fins de subsistance est-elle justifiée?

301 Having concluded that the Sto:lo possess a limited right to engage in fishing for commerce and that the regulation constitutes a *prima facie* infringement of this right, it remains to consider whether the infringement is justified. The inquiry into justification is in effect an inquiry into the extent the state can limit the exercise of the right on the ground of policy.

Après avoir conclu que les Sto:lo possèdent un droit restreint de pêcher à des fins commerciales et que le règlement constitue une atteinte à première vue à ce droit, il reste à se demander si cette atteinte est justifiée. L'examen de la question de la justification revient en fait à se demander dans quelle mesure l'État peut, pour des considérations de politique générale, restreindre l'exercice du droit.

302 Just as I parted company with the Chief Justice on the issue of what constitutes an aboriginal right, so I must respectfully dissent from his view of what constitutes justification. Having defined the right at issue in such a way that it possesses no

Tout comme je me suis dissociée des propos du Juge en chef sur la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, je dois également, en toute déférence, exprimer ma dissidence à l'égard de son opinion sur ce qui constitue une justification.

internal limits, the Chief Justice compensates by adopting a large view of justification which cuts back the right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony: *Gladstone*, at paras. 73 to 75. I would respectfully decline to adopt this concept of justification for three reasons. First, it runs counter to the authorities, as I understand them. Second, it is indeterminate and ultimately more political than legal. Finally, if the right is more circumspectly defined, as I propose, this expansive definition of justification is not required. I will elaborate on each of these difficulties in turn, arguing that they suggest a more limited view of justification: that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use.

I turn first to the authorities. The doctrine of justification was elaborated in *Sparrow*. Dickson C.J. and La Forest J. endorsed a two-part test. First, the Crown must establish that the law or regulation at issue was enacted for a “compelling and substantial” (p. 1113) purpose. Conserving the resource was cited as such a purpose. Also valid, “would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves” (p. 1113). Second, the government must show that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward aboriginal peoples. This means, Dickson C.J. and La Forest J. held, that the Crown must demonstrate that it has given the aboriginal fishery priority in a manner consistent with the views of Dickson J. (as he then was) in *Jack*: absolute priority to the Crown to act in accordance with conservation; clear priority to Indian food fishing; and “limited priority” for aboriginal commercial fishing “over the competing

Ayant défini le droit en cause de telle manière que celui-ci ne comporte aucune limite intrinsèque, le Juge en chef compense en adoptant une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d’harmonie sociales: *Gladstone*, aux par. 73 à 75. En toute déférence, je refuse d’adopter cette conception de la justification, et ce pour trois raisons. Premièrement, elle est, à mon sens, contraire à la jurisprudence. Deuxièmement, elle est indéterminée et, en dernière analyse, elle est plus politique que juridique. Enfin, si le droit est délimité avec plus de circonspection, comme je le propose, cette définition élargie de la justification n’est pas nécessaire. Je vais expliciter chacune de ces difficultés, en faisant valoir qu’elles suggèrent une conception plus limitée de la justification, savoir qu’il est loisible à l’État d’interdire l’exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

Je vais d’abord examiner la jurisprudence. La doctrine de la justification a été élaborée dans l’arrêt *Sparrow*. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest y ont approuvé un critère à deux volets. Premièrement, le ministère public doit établir que la loi ou le règlement en cause vise un objectif «impérieux et réel» (p. 1113). La conservation de la ressource a été mentionnée comme étant un objectif de cette nature. Seraient également valides des objectifs «visant apparemment à empêcher l’exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l’ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes» (p. 1113). Deuxièmement, le ministère public doit démontrer que la loi ou le règlement est compatible avec l’obligation de fiduciaire qu’assume l’État envers les peuples autochtones. Cela signifie, de conclure le juge en chef Dickson et le juge La Forest, que l’État doit prouver qu’il a donné priorité à la pêche autochtone d’une manière compatible avec l’opinion formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Jack*: priorité absolue à l’État pour agir en conformité avec des objectifs de conservation; priorité manifeste à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires; et «priorité restreinte» à la pêche commerciale autochtone

demands of commercial and sport fishing” (p. 311).

«[sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive» (p. 311).

304 The Chief Justice interprets the first requirement of the *Sparrow* test for justification, a compelling and substantial purpose, as extending to any goal which can be justified for the good of the community as a whole, aboriginal and non-aboriginal. This suggests that once conservation needs are met, the inquiry is whether the government objective is justifiable, having regard to regional interests and the interests of non-aboriginal fishers. The Chief Justice writes in *Gladstone* (at para. 75):

... I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. [Emphasis added.]

Le Juge en chef estime que la première exigence du critère de justification établi dans *Sparrow*, savoir l'existence d'un objectif impérieux et réel, vise tout objectif qui peut être justifié comme étant pour le bien de l'ensemble de la collectivité, autochtone et non autochtone. Cela donne à penser que, une fois les besoins en matière de conservation assurés, l'examen vise à déterminer si l'objectif gouvernemental est justifiable, eu égard aux intérêts régionaux et à ceux des pêcheurs non autochtones. Le Juge en chef écrit ceci, dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 75):

... je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. [Je souligne.]

305 Leaving aside the undefined limit of “proper circumstances”, the historical reliance of the participation of non-aboriginal fishers in the fishery seems quite different from the compelling and substantial objectives this Court described in *Sparrow* — conservation of the resource, prevention of harm to the population, or prevention of harm to the aboriginal people themselves. These are indeed compelling objectives, relating to the fundamental conditions of the responsible exercise of the right. As such, it may safely be said that right-thinking persons would agree that these limits may properly be applied to the exercise of even constitutionally entrenched rights. Conservation, for example, is the condition upon which the right to use the resource is itself based; without conservation, there can be no right. The prevention of harm to others is equally compelling. No one can be permitted to exercise rights in a way that will harm others. For example, in the domain of property, the common law has long provided remedies against those who

Indépendamment des contours indéfinis de la notion de «circonstances appropriées», la reconnaissance du fait que, historiquement, des pêcheurs non autochtones ont compté sur cette pêcherie et ont participé à son exploitation semble assez différent des objectifs impérieux et réels mentionnés par notre Cour dans *Sparrow* — conservation de la ressource ou prévention des activités nuisibles à l'ensemble de la population ou aux autochtones eux-mêmes. Voilà effectivement des objectifs impérieux, se rapportant aux conditions fondamentales de l'exercice responsable du droit en question. En conséquence, on peut sans crainte affirmer que toute personne sensée conviendrait que ces limites peuvent à juste titre s'appliquer même à l'exercice de droits inscrits dans la Constitution. La conservation, par exemple, est la condition sur laquelle repose le droit même d'exploiter la ressource, car sans conservation, point de droit. La prévention des activités nuisibles a également un caractère impérieux. En effet, nul ne peut être autorisé à exercer des droits d'une manière qui nuise à autrui. Ainsi, en droit des biens, la com-

pollute streams or use their land in ways that detrimentally affect others.

Viewed thus, the compelling objectives foreseen in *Sparrow* may be seen as united by a common characteristic; they constitute the essential pre-conditions of any civilized exercise of the right. It may be that future cases may endorse limitation of aboriginal rights on other bases. For the purposes of this case, however, it may be ventured that the range of permitted limitation of an established aboriginal right is confined to the exercise of the right rather than the diminution, extinguishment or transfer of the right to others. What are permitted are limitations of the sort that any property owner or right holder would reasonably expect — the sort of limitations which must be imposed in a civilized society if the resource is to be used now and in the future. They do not negate the right, but rather limit its exercise. The extension of the concept of compelling objective to matters like economic and regional fairness and the interests of non-aboriginal fishers, by contrast, would negate the very aboriginal right to fish itself, on the ground that this is required for the reconciliation of aboriginal rights and other interests and the consequent good of the community as a whole. This is not limitation required for the responsible exercise of the right, but rather limitation on the basis of the economic demands of non-aboriginals. It is limitation of a different order than the conservation, harm prevention type of limitation sanctioned in *Sparrow*.

The Chief Justice, while purporting to apply the *Sparrow* test for justification, deviates from its second requirement as well as the first, in my respectful view. Here the stipulations are that the limitation be consistent with the Crown's fiduciary duty to the aboriginal people and that it reflect the priority set out by Dickson J. in *Jack*. The duty of a

mon law reconnaît depuis longtemps des recours contre ceux qui polluent un cours d'eau ou exploitent leurs biens-fonds d'une manière nuisible à autrui.

Vus sous cet angle, les objectifs impérieux envisagés dans *Sparrow* peuvent être considérés comme possédant tous une caractéristique commune: ils constituent des préalables essentiels à tout exercice civilisé du droit en question. Il est possible que, dans des instances futures, des limites imposées à des droits ancestraux soient acceptées sur d'autres fondements. Toutefois, aux fins de la présente espèce, on peut dire que les différentes limites qui peuvent être imposées à un droit ancestral établi concernent l'exercice de ce droit et non sa dilution, son extinction ou son transfert à autrui. Sont permises les limites du genre de celles auxquelles tout propriétaire foncier ou titulaire d'un droit s'attendrait raisonnablement d'être assujéti — savoir le type de limites qui doivent être imposées dans une société civilisée pour assurer l'exploitation présente et future de la ressource. Ces limites n'ont pas pour effet de dénier le droit, mais plutôt de restreindre son exercice. En revanche, le fait d'élargir la notion d'objectif impérieux à des considérations telles que l'équité sur les plans économique et régional et les intérêts des pêcheurs non autochtones aurait pour effet de dénier le droit de pêche ancestral lui-même, pour le motif qu'une telle mesure est nécessaire pour concilier les droits ancestraux et d'autres intérêts, et ainsi assurer le bien de l'ensemble de la collectivité. Ce ne sont pas là des limites nécessaires à l'exercice responsable du droit en cause, mais plutôt de limites fondées sur les exigences économiques des non-autochtones. Il ne s'agit pas de limites du même ordre que la conservation des ressources ou la prévention des activités nuisibles, objectifs qui ont été approuvés dans *Sparrow*.

En toute déférence, même s'il se propose d'appliquer le critère de justification établi dans *Sparrow*, le Juge en chef s'écarte de la seconde exigence de ce critère tout comme de la première. En l'occurrence, cette exigence veut que la limite soit conforme à l'obligation de fiduciaire que l'État assume envers les autochtones et qu'elle tienne

fiduciary, or trustee, is to protect and conserve the interest of the person whose property is entrusted to him. In the context of aboriginal rights, this requires that the Crown not only preserve the aboriginal people's interest, but also manage it well: *Guerin*. The Chief Justice's test, however, would appear to permit the constitutional aboriginal fishing right to be conveyed by regulation, law or executive act to non-native fishers who have historically fished in the area in the interests of community harmony and reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. Moreover, the Chief Justice's scheme has the potential to violate the priority scheme for fishing set out in *Jack*. On his test, once conservation is satisfied, a variety of other interests, including the historical participation of non-native fishers, may justify a variety of regulations governing distribution of the resource. The only requirement is that the distribution scheme "take into account" the aboriginal right. Such an approach, I fear, has the potential to violate not only the Crown's fiduciary duty toward native peoples, but also to render meaningless the "limited priority" to the non-commercial fishery endorsed in *Jack* and *Sparrow*.

compte de l'ordre de priorité établi par le juge Dickson dans l'arrêt *Jack*. L'obligation d'un fiduciaire ou administrateur du bien d'autrui est de protéger et de préserver les intérêts de la personne dont les biens lui sont confiés. Dans le contexte des droits ancestraux, cette obligation emporte non seulement que l'État préserve les intérêts des autochtones, mais aussi qu'il les gère bien: *Guerin*. Or le critère du Juge en chef semble permettre que le droit de pêche ancestral reconnu par la Constitution soit accordé, par règlement, loi ou acte de l'exécutif, aux pêcheurs non autochtones qui ont historiquement pêché dans la région visée, au nom de l'harmonie sociale et de la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. Qui plus est, le critère du Juge en chef est susceptible de violer l'ordre de priorité en matière de pêche établi dans *Jack*. D'après le critère du Juge en chef, une fois les besoins de conservation pris en considération, divers autres intérêts, dont la participation historique des pêcheurs non autochtones à l'exploitation de la ressource, peuvent justifier la prise de règlements régissant la répartition de la ressource. La seule exigence est que le mécanisme de répartition «tienne compte» du droit ancestral. Une telle approche, je le crains, est susceptible de violer non seulement l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, mais aussi de priver de toute signification la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale dans les arrêts *Jack* et *Sparrow*.

308

Put another way, the Chief Justice's approach might be seen as treating the guarantee of aboriginal rights under s. 35(1) as if it were a guarantee of individual rights under the *Charter*. The right and its infringement are acknowledged. However, the infringement may be justified if this is in the interest of Canadian society as a whole. In the case of individual rights under the *Charter*, this is appropriate because s. 1 of the *Charter* expressly states that these rights are subject to such "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". However, in the case of aboriginal rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitutional Act, 1982*, the framers of s. 35(1) deliberately chose not to subordinate the exercise of aboriginal rights to the good of

En d'autres termes, l'approche du Juge en chef pourrait être interprétée comme traitant la garantie applicable aux droits ancestraux prévue au par. 35(1) comme s'il s'agissait de la garantie des droits individuels prévue par la *Charte*. Le droit et l'atteinte à celui-ci sont reconnus. Toutefois, l'atteinte peut être justifiée si elle est dans l'intérêt de l'ensemble de la société canadienne. Dans le cas des droits individuels protégés par la *Charte*, cela est approprié étant donné que l'article premier de la *Charte* prévoit expressément que ces droits peuvent être restreints «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Toutefois, dans le cas des droits ancestraux garantis par le par. 35(1)

society as a whole. In the absence of an express limitation on the rights guaranteed by s. 35(1), limitations on them under the doctrine of justification must logically and as a matter of constitutional construction be confined, as *Sparrow* suggests, to truly compelling circumstances, like conservation, which is the *sine qua non* of the right, and restrictions like preventing the abuse of the right to the detriment of the native community or the harm of others — in short, to limitations which are essential to its continued use and exploitation. To follow the path suggested by the Chief Justice is, with respect, to read judicially the equivalent of s. 1 into s. 35(1), contrary to the intention of the framers of the Constitution.

A second objection to the approach suggested by the Chief Justice is that it is indeterminate and ultimately may speak more to the politically expedient than to legal entitlement. The imprecision of the proposed test is apparent. “In the right circumstances”, themselves undefined, governments may abridge aboriginal rights on the basis of an undetermined variety of considerations. While “account” must be taken of the native interest and the Crown’s fiduciary obligation, one is left uncertain as to what degree. At the broadest reach, whatever the government of the day deems necessary in order to reconcile aboriginal and non-aboriginal interests might pass muster. In narrower incarnations, the result will depend on doctrine yet to be determined. Upon challenge in the courts, the focus will predictably be on the social justifiability of the measure rather than the rights guaranteed. Courts may properly be expected, the Chief Justice suggests, not to be overly strict in their review; as under s. 1 of the *Charter*, the courts should not negate the government decision, so long as it represents a “reasonable” resolution of conflicting interests. This, with respect, falls short of the “solid constitutional base upon which subsequent

de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les rédacteurs ont délibérément choisi de ne pas subordonner l’exercice des droits ancestraux au bien de l’ensemble de la société. En l’absence de limitation expresse des droits garantis par le par. 35(1), les limites qui leur sont imposées en vertu de la doctrine de la justification doivent, logiquement et conformément aux règles d’interprétation constitutionnelle, uniquement viser, comme l’indique l’arrêt *Sparrow*, des circonstances véritablement impérieuses telle la conservation, condition *sine qua non* de l’existence du droit en question, et des restrictions comme la prévention des exercices abusifs du droit nuisibles à la communauté autochtone ou à d’autres — en bref, les restrictions essentielles à l’utilisation et à l’exploitation continues de la ressource visée par le droit. En toute déférence, suivre la voie préconisée par le Juge en chef revient, pour les tribunaux, à considérer que s’applique au par. 35(1) l’équivalent de l’article premier, contrairement à l’intention des rédacteurs de la Constitution.

Une deuxième objection à l’approche préconisée par le Juge en chef est qu’elle est indéterminée et que, en dernière analyse, elle tient davantage de l’expédient politique que de la reconnaissance de droits. L’imprécision du critère proposé est manifeste. «Dans les circonstances appropriées» — circonstances elles-mêmes non définies —, les gouvernements pourraient restreindre des droits ancestraux pour une gamme indéterminée de considérations. Bien qu’il faille «tenir compte» des intérêts des autochtones et de l’obligation de fiduciaire de l’État, l’étendue de cette obligation n’est pas précisée. À la limite, toute mesure que le gouvernement estimerait nécessaire pour concilier les intérêts des autochtones et des non-autochtones pourrait être jugée acceptable. Dans des cas moins extrêmes, le résultat dépendra d’une doctrine qui reste à établir. En cas de contestation judiciaire, il est possible de prévoir que l’examen serait axé sur le caractère socialement justifiable de la mesure plutôt que sur les droits garantis. On peut à juste titre s’attendre, comme le suggère le Juge en chef, à ce que les tribunaux ne se montrent pas trop stricts dans leur examen. Tout comme dans les cas où ils sont appelés à appliquer l’article premier de

negotiations can take place” of which Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105.

la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision du gouvernement dans la mesure où elle représente une solution «raisonnable» à un conflit d'intérêts opposés. En toute déférence, cela ne constitue pas le «fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises», dont ont fait état le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105.

310

My third observation is that the proposed departure from the principle of justification elaborated in *Sparrow* is unnecessary to provide the “reconciliation” of aboriginal and non-aboriginal interests which is said to require it. The Chief Justice correctly identifies reconciliation between aboriginal and non-aboriginal communities as a goal of fundamental importance. This desire for reconciliation, in many cases long overdue, lay behind the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As *Sparrow* recognized, one of the two fundamental purposes of s. 35(1) was the achievement of a just and lasting settlement of aboriginal claims. The Chief Justice also correctly notes that such a settlement must be founded on reconciliation of aboriginal rights with the larger non-aboriginal culture in which they must, of necessity, find their exercise. It is common ground that “. . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives” of the “two vastly dissimilar legal cultures” of European and aboriginal cultures: Walters, *supra*, at pp. 413 and 412, respectively. The question is how this reconciliation of the different legal cultures of aboriginal and non-aboriginal peoples is to be accomplished. More particularly, does the goal of reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests require that we permit the Crown to require a judicially authorized transfer of the aboriginal right to non-aboriginals without the consent of the aboriginal people, without treaty, and without compensation? I cannot think it does.

Ma troisième observation est que la dérogation proposée à la norme de justification établie dans *Sparrow* n'est pas, contrairement à ce qu'on prétend, nécessaire à la «conciliation» des intérêts des autochtones et des non-autochtones. Le Juge en chef a raison de dire que la réconciliation entre les communautés autochtones et non autochtones est un objectif d'une importance fondamentale. Ce désir de réconciliation qui, dans de nombreux cas, tarde depuis trop longtemps a inspiré l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme il a été reconnu dans *Sparrow*, l'un des deux objets fondamentaux du par. 35(1) était la réalisation d'un règlement juste et durable des revendications autochtones. Le Juge en chef souligne aussi à juste titre qu'un tel règlement doit reposer sur la conciliation des droits ancestraux avec la culture non autochtone plus large dans laquelle ils doivent, par nécessité, être exercés. Il est bien établi qu' [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les . . .] points de vue [. . .]» de «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables», les cultures européenne et autochtone: Walters, *loc. cit.*, aux pp. 413 et 412 respectivement. La question est de savoir comment s'accomplira cette conciliation des cultures juridiques différentes des peuples autochtones et non autochtones. Plus particulièrement, est-ce que l'objectif de conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones exige que nous permettions à l'État de demander que le droit ancestral soit transféré à des non-autochtones, avec l'aval des tribunaux, sans le consentement des autochtones concernés, sans conclusion d'un traité et sans indemnisation? Je ne peux imaginer que ce soit le cas.

My reasons are twofold. First, as suggested earlier, if we adopt a conception of aboriginal rights founded in history and the common law rather than what is “integral” to the aboriginal culture, the need to adopt an expansive concept of justification diminishes. As the Chief Justice observes, the need to expand the *Sparrow* test stems from the lack of inherent limits on the aboriginal right to commercial fishing he finds to be established in *Gladstone*. On the historical view I take, the aboriginal right to fish for commerce is limited to supplying what the aboriginal people traditionally took from the fishery. Since these were not generally societies which valued excess or accumulated wealth, the measure will seldom, on the facts, be found to exceed the basics of food, clothing and housing, supplemented by a few amenities. This accords with the “limited priority” for aboriginal commercial fishing that this Court endorsed in *Sparrow*. Beyond this, commercial and sports fishermen may enjoy the resource as they always have, subject to conservation. As suggested in *Sparrow*, the government should establish what is required to meet what the aboriginal people traditionally by law and custom took from the river or sea, through consultation and negotiation with the aboriginal people. In normal years, one would expect this to translate to a relatively small percentage of the total commercial fishing allotment. In the event that conservation concerns virtually eliminated commercial fishing, aboriginal commercial fishing, limited as it is, could itself be further reduced or even eliminated.

On this view, the right imposes its own internal limit — equivalence with what by ancestral law and custom the aboriginal people in question took from the resource. The government may impose

Mes raisons sont de deux ordres. Premièrement, si, comme il a été suggéré précédemment, nous adoptons une conception des droits ancestraux fondée sur l’histoire et la common law plutôt que sur la notion de «partie intégrante» de la culture autochtone, le besoin de recourir à un critère élargi de justification diminue. Comme le fait observer le Juge en chef, la nécessité d’élargir le critère établi dans *Sparrow* découle du fait que le droit ancestral de pêche commerciale qu’il a jugé établi dans *Gladstone* ne comporte pas de limites intrinsèques. Or, suivant le point de vue historique que j’adopte, le droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ne vise qu’à procurer aux autochtones ce qu’ils ont traditionnellement tiré de l’exploitation de la pêcherie. Comme il ne s’agissait généralement pas de sociétés qui valorisaient l’accumulation de surplus ou de richesses, les besoins à combler dépasseront rarement, dans les faits, les choses essentielles, c’est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie. Cette conclusion est conforme à la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale autochtone par notre Cour dans *Sparrow*. Une fois ces priorités respectées, les pêcheurs commerciaux et sportifs peuvent jouir de la ressource comme ils l’ont toujours fait, sous réserve des exigences de conservation. Comme il a été suggéré dans *Sparrow*, l’État devrait établir, par voie de consultations et de négociations, les quantités requises pour procurer aux autochtones concernés ce qu’ils ont traditionnellement tiré de l’exploitation de la rivière, du fleuve ou de la mer conformément à leurs lois et coutumes. Au cours des années normales, on peut s’attendre à ce que cela se traduise par un pourcentage relativement peu élevé des prises totales accordées à la pêche commerciale. Dans l’hypothèse où, pour des besoins de conservation, il faudrait supprimer pratiquement toute pêche commerciale, la pêche commerciale autochtone, déjà restreinte comme elle l’est, pourrait elle-même être réduite davantage, voire supprimée.

De ce point de vue, le droit comporte sa propre limite intrinsèque, savoir l’équivalent de ce que, conformément aux lois et coutumes ancestrales, les autochtones concernés tiraient de la ressource.

additional limits under the rubric of justification to ensure that the right is exercised responsibly and in a way that preserves it for future generations. There is no need to impose further limits on it to affect reconciliation between aboriginal and non-aboriginal peoples.

L'État peut, en respectant le critère de justification, imposer des limites additionnelles visant à faire en sorte que le droit soit exercé de façon responsable et de manière à en assurer la jouissance aux générations futures. Il n'est cependant nul besoin de limiter davantage le droit pour permettre la réconciliation des autochtones et des non-autochtones.

313 The second reason why it is unnecessary to adopt the broad doctrine of justification proposed by the Chief Justice is that other means, yet unexploited, exist for resolving the different legal perspectives of aboriginal and non-aboriginal people. In my view, a just calibration of the two perspectives starts from the premise that full value must be accorded to such aboriginal rights as may be established on the facts of the particular case. Only by fully recognizing the aboriginal legal entitlement can the aboriginal legal perspective be satisfied. At this stage of the process — the stage of defining aboriginal rights — the courts have an important role to play. But that is not the end of the matter. The process must go on to consider the non-aboriginal perspective — how the aboriginal right can be legally accommodated within the framework of non-aboriginal law. Traditionally, this has been done through the treaty process, based on the concept of the aboriginal people and the Crown negotiating and concluding a just solution to their divergent interests, given the historical fact that they are irretrievably compelled to live together. At this stage, the stage of reconciliation, the courts play a less important role. It is for the aboriginal peoples and the other peoples of Canada to work out a just accommodation of the recognized aboriginal rights. This process — definition of the rights guaranteed by s. 35(1) followed by negotiated settlements — is the means envisioned in *Sparrow*, as I perceive it, for reconciling the aboriginal and non-aboriginal legal perspectives. It has not as yet been tried in the case of the Sto:lo. A century and one-half after European settlement, the Crown has yet to conclude a treaty with them. Until we have exhausted the traditional means by which aboriginal and non-aboriginal legal perspectives may be reconciled, it seems difficult to assert that it is necessary for the courts to suggest more

La seconde raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de recourir au critère élargi de justification proposé par le Juge en chef est qu'il existe d'autres moyens, encore inexploités, de concilier les points de vue juridiques différents des autochtones et des non-autochtones. À mon avis, la recherche d'un juste équilibre entre les deux points de vue part du postulat qu'il faut accorder leur pleine valeur aux droits ancestraux dont les faits d'une espèce particulière établissent l'existence. Ce n'est qu'en reconnaissant pleinement les droits ancestraux des autochtones que leur point de vue juridique pourra être respecté. À cette étape du processus — la définition des droits ancestraux — les tribunaux ont un rôle important à jouer. Mais le processus ne s'arrête pas là. Il doit se poursuivre par la prise en considération du point de vue non autochtone, c'est-à-dire l'examen de la question de savoir comment le droit ancestral en cause peut juridiquement s'inscrire dans le cadre du droit non autochtone. Traditionnellement, cela s'est fait par voie de traité, conclu au terme de négociations entre le peuple autochtone concerné et l'État et visant à trouver une solution équitable à leurs intérêts divergents, compte tenu du fait historique qu'ils sont irrémédiablement tenus de cohabiter. À cette étape, celle de la conciliation, les tribunaux jouent un rôle moins important. En effet, il appartient aux peuples autochtones et aux autres habitants du Canada de trouver un juste compromis à l'égard des droits ancestraux reconnus. Ce processus — c'est-à-dire la définition des droits garantis par le par. 35(1), suivie de règlements négociés — est, à mon sens, le moyen envisagé dans *Sparrow* pour concilier les points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones. Il n'a pas encore été mis à l'épreuve dans le cas des Sto:lo. Un siècle et demi après l'arrivée des Européens, l'État n'a pas encore conclu de traité avec les

radical methods of reconciliation possessing the potential to erode aboriginal rights seriously.

I have argued that the broad approach to justification proposed by the Chief Justice does not conform to the authorities, is indeterminate, and is, in the final analysis unnecessary. Instead, I have proposed that justifiable limitation of aboriginal rights should be confined to regulation to ensure their exercise conserves the resource and ensures responsible use. There remains a final reason why the broader view of justification should not be accepted. It is, in my respectful opinion, unconstitutional.

The Chief Justice's proposal comes down to this. In certain circumstances, aboriginals may be required to share their fishing rights with non-aboriginals in order to effect a reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. In other words, the Crown may convey a portion of an aboriginal fishing right to others, not by treaty or with the consent of the aboriginal people, but by its own unilateral act. I earlier suggested that this has the potential to violate the Crown's fiduciary duty to safeguard aboriginal rights and property. But my concern is more fundamental. How, without amending the Constitution, can the Crown cut down the aboriginal right? The exercise of the rights guaranteed by s. 35(1) is subject to reasonable limitation to ensure that they are used responsibly. But the rights themselves can be diminished only through treaty and constitutional amendment. To reallocate the benefit of the right from aboriginals to non-aboriginals, would be to diminish the substance of the right that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* guarantees to the aboriginal people. This no court can do.

Sto:lo. Tant que les moyens traditionnels de conciliation des points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones n'auront pas été épuisés, il paraît difficile d'affirmer qu'il est nécessaire que les tribunaux proposent des méthodes de conciliation plus radicales, susceptibles de miner gravement les droits ancestraux.

J'ai avancé que le critère élargi de justification proposé par le Juge en chef n'est pas conforme à la jurisprudence, qu'il est indéterminé et, en dernière analyse, qu'il est inutile. Au lieu de ce critère, j'ai suggéré que seraient justifiables les limites qui seraient imposées aux droits ancestraux uniquement pour en réglementer l'exercice afin d'assurer la conservation de la ressource et l'utilisation responsable de celle-ci. Il y a une dernière raison pour laquelle le critère élargi de justification ne devrait pas être retenu. En toute déférence, il est inconstitutionnel.

La proposition du Juge en chef peut se résumer ainsi. Dans certaines circonstances, les autochtones peuvent être requis de partager leurs droits de pêche avec des non-autochtones au nom de la conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones. En d'autres termes, l'État peut accorder à d'autres une portion d'un droit ancestral de pêche, et ce non pas par traité ou avec le consentement des autochtones visés, mais de son propre chef, par décision unilatérale. J'ai dit précédemment que cette méthode était susceptible de violer l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de protéger les droits et les biens autochtones. Mais ma préoccupation est plus fondamentale. Comment, sans modifier la Constitution, l'État peut-il diminuer le droit ancestral? L'exercice des droits garantis par le par. 35(1) peut être assujéti à des limites raisonnables, visant à ce que ceux-ci soient utilisés de façon responsable. Mais les droits eux-mêmes ne peuvent être diminués que par traité ou modification constitutionnelle. Enlever les avantages du droit ancestral à des autochtones pour les attribuer à des non-autochtones aurait pour effet de diminuer la substance du droit que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aux autochtones. Cela, aucun tribunal ne peut le faire.

314

315

316 I therefore conclude that a government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Specifically, limits that have the effect of transferring the resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified. Short of repeal of s. 35(1), such transfers can be made only with the consent of the aboriginal people. It is for the governments of this country and the aboriginal people to determine if this should be done, not the courts. In the meantime, it is the responsibility of the Crown to devise a regulatory scheme which ensures the responsible use of the resource and provides for the division of what remains after conservation needs have been met between aboriginal and non-aboriginal peoples.

317 The picture of aboriginal rights that emerges resembles that put forward by Dickson J. (as he then was) in *Jack* and endorsed in *Sparrow*. Reasoning from the premise that the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, required the federal government to adopt an aboriginal "policy as liberal" as that of the colonial government of British Columbia, Dickson J. opined at p. 311:

... one could suggest that "a policy as liberal" would require clear priority to Indian food fishing and some priority to limited commercial fishing over the competing demands of commercial and sport fishing. Finally, there can be no serious question that conservation measures for the preservation of the resource — effectively unknown to the regulatory authorities prior to 1871 — should take precedence over any fishing, whether by Indians, sportsmen, or commercial fishermen.

318 The relationship between the relative interests in a fishery with respect to which an aboriginal right has been established in the full sense, that is of

J'en arrive par conséquent à la conclusion que la restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Plus précisément, des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les premiers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées. À moins d'abrogation du par. 35(1), pareils transferts ne peuvent survenir qu'avec le consentement des autochtones visés. C'est aux gouvernements de ce pays et aux autochtones qu'il revient d'en décider, non aux tribunaux. Dans l'intervalle, l'État a la responsabilité de concevoir un régime de réglementation assurant l'utilisation responsable de la ressource et pourvoyant à la répartition, entre les autochtones et les non-autochtones, de ce qui est disponible après avoir tenu compte des besoins de conservation.

Le tableau des droits ancestraux qui se dégage de ce qui précède ressemble à celui brossé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack* et approuvé dans *Sparrow*. Partant du postulat que les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, n° 10, exigeaient du gouvernement fédéral qu'il adopte une «ligne de conduite aussi libérale» que celle du gouvernement colonial de la Colombie-Britannique, le juge Dickson a exprimé l'avis suivant, à la p. 311:

... il est permis de penser qu'on entendait par l'expression «une ligne de conduite aussi libérale», accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, [sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive. Finalement, il est clair que les mesures destinées à la protection des ressources — totalement absentes des textes réglementaires avant 1871 — priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive.

Les rapports entre les divers intérêts dans une pêcherie à l'égard de laquelle a été établie l'existence d'un droit ancestral au sens plein du terme

food, ceremony and articles to meet other needs obtained directly from the fishery or through trade and barter of fish products, may be summarized as follows:

1. The state may limit the exercise of the right of the aboriginal people, for purposes associated with the responsible use of the right, including conservation and prevention of harm to others;
2. Subject to these limitations, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony, as well as supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times;
3. Subject to (1) and (2) non-aboriginal peoples may use the resource.

In times of plentitude, all interests may be satisfied. In times of limited stocks, aboriginal food fishing will have priority, followed by additional aboriginal commercial fishing to satisfy the sustenance the fishery afforded the particular people in ancestral times. The aboriginal priority to commercial fishing is limited to satisfaction of these needs, which typically will be confined to basic amenities. In this sense, the right to fish for commerce is a "limited" priority. If there is insufficient stock to satisfy the entitlement of all aboriginal peoples after required conservation measures, allocations must be made between them. Allocations between aboriginal peoples may also be required to ensure that upstream bands are allowed their fair share of the fishery, whether for food or supplementary sustenance. All this is subject to the overriding power of the state to limit or indeed, prohibit fishing in the interests of conservation.

— savoir le droit de pêcher à des fins alimentaires et rituelles et pour satisfaire d'autres besoins qui étaient comblés directement par l'exploitation de la pêcherie ou par la vente et l'échange du poisson et des produits du poisson — peuvent se résumer ainsi:

1. l'État peut limiter l'exercice du droit des autochtones visés à des fins liées à l'exercice responsable du droit, y compris la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui;
2. sous réserve de ces limites, les autochtones visés ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler;
3. sous réserve des par. (1) et (2), les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

En périodes d'abondance des stocks, tous les intérêts peuvent être comblés. En périodes de rareté, la pêche autochtone à des fins alimentaires aura la priorité, suivie d'un droit additionnel de pêcher commercialement à des fins de subsistance pour satisfaire les besoins que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler. La priorité des autochtones en matière de pêche commerciale est restreinte à ce qui est requis pour satisfaire ces besoins, lesquels se limiteront d'ordinaire aux besoins fondamentaux. En ce sens, le droit de pêcher à des fins commerciales ne jouit que d'une priorité «restreinte». Si les stocks de poisson ne permettent pas de satisfaire les besoins des divers peuples autochtones concernés, une fois prises les mesures de conservation requises, la ressource doit alors être répartie entre ceux-ci. Il est également possible que, dans la répartition, il faille assurer aux bandes vivant en amont leur juste part de la pêche, que ce soit à des fins alimentaires ou à des fins supplémentaires de subsistance. Toutes ces mesures sont subordonnées au pouvoir prépondérant de l'État de limiter, voire de prohiber la pêche pour des fins de conservation de la ressource.

320 The consequence of this system of priorities is that the Crown may limit aboriginal fishing by aboriginal people found to possess a right to fish for sustenance on two grounds: (1) on the ground that a limited amount of fish is required to satisfy the basic sustenance requirement of the band, and (2) on the ground of conservation and other limits required to ensure the responsible use of the resource (justification).

321 Against this background, I return to the question of whether the regulation preventing the Sto:lo from selling any fish is justified. In my view it is not. No compelling purpose such as that proposed in *Sparrow* has been demonstrated. The denial to the Sto:lo of their right to sell fish for basic sustenance has not been shown to be required for conservation or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. The regulation, moreover, violates the priorities set out in *Jack* and *Sparrow* and breaches the fiduciary duty of the Crown to preserve the rights of the aboriginal people to fish in accordance with their ancestral customs and laws by summarily denying an important aspect of the exercise of the right.

4. Conclusion

322 I would allow the appeal to the extent of confirming the existence in principle of an aboriginal right to sell fish for sustenance purposes, and set aside the appellant's conviction. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

Ce régime de priorités a pour conséquence que l'État peut limiter le droit de pêcher à des fins de subsistance reconnu à une bande autochtone pour deux motifs: (1) parce qu'une quantité limitée de poisson est nécessaire pour satisfaire les besoins fondamentaux de la bande, et (2) pour des fins de conservation de la ressource et parce que d'autres restrictions sont nécessaires pour l'utilisation responsable de celle-ci (justification).

Sur cette toile de fond, je reviens à la question de savoir si la disposition réglementaire qui interdit complètement aux Sto:lo de vendre du poisson est justifiée. À mon avis, elle ne l'est pas. Aucun objectif impérieux du genre de ceux évoqués dans *Sparrow* n'a été établi. Il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire, pour des fins de conservation de la ressource ou pour d'autres fins se rapportant à l'exploitation continue et responsable de celle-ci, de dénier au peuple Sto:lo le droit de vendre du poisson pour subvenir à ses besoins fondamentaux. Qui plus est, la disposition réglementaire viole l'ordre de priorité énoncé dans les arrêts *Jack* et *Sparrow* et elle contrevient à l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de préserver les droits des autochtones concernés de pêcher conformément à leurs lois et coutumes ancestrales, en leur déniait sommairement un aspect important de l'exercice de ce droit.

4. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence en principe d'un droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance. J'annulerais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante et répondrais comme suit à la question constitutionnelle:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Answer: Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, is of no force or effect with respect to the 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*, as invoked by the appellant.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Mandell, Pinder, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al.: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

Réponse: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante: Mandell, Pinder, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

N.T.C. Smokehouse Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen. *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia, the Canadian National Railway Company, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation, the First Nations Summit, Delgamuukw et al., Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD.

File No.: 23800.

1995: November 27, 28, 29; 1996: August 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

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish (salmon) — Food processor charged for selling salmon contrary to regulations — Large quantities of salmon purchased from natives — Natives catching salmon under food fishing licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under food fishing licence — Whether an aboriginal right to sell salmon — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(5) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).

The appellant, a food processor, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with selling and purchasing

N.T.C. Smokehouse Ltd. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation, le First Nations Summit, Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD.

N° du greffe: 23800.

1995: 27, 28, 29 novembre; 1996: 21 août.

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

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson (saumon) — Entreprise de transformation alimentaire accusée d'avoir vendu du poisson en violation de certaines dispositions réglementaires — Grandes quantités de saumon achetées d'autochtones — Autochtones ayant pris le saumon en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Règlement interdisant la vente ou l'échange du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Existe-t-il un droit ancestral de vendre du saumon? — Le droit ancestral a-t-il été éteint? — Les dispositions réglementaires portent-elles atteinte au droit ancestral? — L'atteinte est-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(5) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).

L'appelante, une entreprise de transformation alimentaire, a été accusée en application du par. 61(1) de la *Loi*

fish not caught under the authority of a commercial fishing licence, contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, and with selling and purchasing fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the Regulations. The fish had been caught by Indian bands under authority of food fishing licences, sold to the appellant and resold by the appellant in the commercial market. Section 27(5) of the Regulations at the time prohibited the sale or barter of any fish caught under the authority of an Indian food fish licence and s. 4(5) prohibited anyone from purchasing such fish. The appellant was convicted and its appeal to the Court of Appeal was dismissed. The constitutional questions stated by this Court queried whether ss. 4(5) and 27(5) of the Regulations were of no force or effect with respect to the appellant by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of that Act.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Although the aboriginal right asserted was not one held by the appellant itself but rather held by native bands originally selling the fish, the appellant was entitled to raise the defence given that a conviction hinged on the natives' sale of the fish being illegal.

An activity, to be recognized as an aboriginal right, must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. The Court must first determine the precise nature of the claim being made, taking into account such factors as the nature of the action allegedly done pursuant to an aboriginal right, the government regulation allegedly infringing the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right. The Regulations prohibited all sales or trade of salmon caught without a commercial fishing licence. The sale of fish by the Indian bands in question was, however, extensive.

The claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden on the appellant than a claim to an aboriginal right to exchange

sur les pêcheries d'avoir acheté et vendu du poisson qui n'avait pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, et d'avoir acheté et vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) de ce règlement. Le poisson avait été pris par des bandes indiennes en vertu de permis de pêche de subsistance, puis vendu à l'appelante et enfin revendu par cette dernière sur le marché commercial. Le par. 27(5) du Règlement interdisait à l'époque la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens et le par. 4(5) interdisait à quiconque d'acheter ce poisson. L'appelante a été déclarée coupable et l'appel qu'elle a interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Les questions constitutionnelles formulées par notre Cour visaient à déterminer si les par. 4(5) et 27(5) du Règlement étaient inopérants à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de cette Loi.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Bien que le droit ancestral revendiqué ne soit pas un droit dont l'appelante serait elle-même titulaire, mais plutôt un droit détenu par les bandes indiennes ayant vendu le poisson à l'origine, l'appelante avait le droit de faire valoir ce moyen de défense étant donné que la déclaration de culpabilité dépendait de l'illégalité de la vente du poisson par les autochtones.

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. La Cour doit d'abord déterminer la nature précise du droit revendiqué, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci. Les dispositions réglementaires interdisaient complètement la vente ou l'échange de saumon pris sans permis de pêche commerciale. Or, la vente de poisson par les bandes indiennes en cause était considérable.

La revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose à l'appelante un fardeau plus lourd que la revendication du droit d'échanger

fish for money or other goods in that the latter claim is subsumed by the larger claim to fish commercially. To prove the right to exchange fish for money or other goods, the appellant need only show that that exchange was integral to the distinctive native culture: however, to prove the right to exchange fish commercially, the appellant needs to go beyond that proof and demonstrate that that exchange, on a scale best characterized as commercial, was integral to the distinctive native culture. The aboriginal right claimed, therefore, was the right to exchange fish for money or other goods. The claim to the right to fish commercially need only be considered if this initial claim has been established.

The Court must determine whether the practice, custom or tradition claimed to be an aboriginal right was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive society of the aboriginal people in question. Normally, because the determination of whether or not an aboriginal right exists is specific to the particular aboriginal group claiming the right, distinctions between aboriginal claimants will be significant and important. Here, however, no significant distinction existed between the two bands selling the fish.

The determination of whether the aboriginal right claimed was an integral part of the distinctive native culture depends, in significant part, on the factual evidence. The findings of fact made by the trial judge should not, absent a palpable and overriding error, be overturned on appeal. A review of the evidence and transcripts demonstrated no such error.

The findings of fact made by the trial judge did not support the appellant's claim that, prior to contact, the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the native bands involved. The exchange of fish incidental to social and ceremonial occasions was not, itself, a sufficiently central, significant or defining feature of these societies to be recognized as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The exchange of fish, when taking place apart from the occasion to which such exchange was incidental, could not, even if that occasion were an integral part of the aboriginal society in question, constitute an aboriginal right. This conclusion

du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, en ce que cette dernière est subsumée dans la revendication plus vaste du droit à la pêche commerciale. Pour établir le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, l'appelante n'a qu'à démontrer que cet échange faisait partie intégrante de la culture autochtone distinctive; en revanche, pour prouver l'existence du droit d'échanger du poisson commercialement, l'appelante doit aller au-delà de cette preuve et établir que cet échange, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture autochtone distinctive. Par conséquent, le droit ancestral revendiqué était le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. La revendication du droit de pêcher commercialement ne sera examinée que si cette prétention initiale a été établie.

La Cour doit déterminer si, avant le contact avec les Européens, la coutume, la pratique ou la tradition que l'on prétend être un droit ancestral faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive en cause. Normalement, comme l'examen de la question de savoir si un droit ancestral existe ou non doit porter spécifiquement sur le groupe autochtone particulier qui revendique ce droit, les distinctions entre les différents demandeurs autochtones sont importantes. En l'espèce, toutefois, il n'y a pas de distinctions importantes entre les deux bandes ayant vendu le poisson.

La question de savoir si le droit ancestral revendiqué fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive dépend, dans une large mesure, de la preuve factuelle. Les conclusions de fait tirées par le juge du procès ne doivent pas, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, être modifiées en appel. L'examen de la preuve et de la transcription des débats n'a révélé aucune erreur de ce genre.

Les conclusions de fait du juge du procès n'appuient pas la prétention de l'appelante que, avant le contact avec les Européens, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des bandes autochtones en cause. Les échanges de poisson accessoires à des événements sociaux et rituels ne sont pas, en soi, une caractéristique suffisamment fondamentale, importante ou déterminante de ces sociétés pour être reconnus comme un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les échanges de poisson qui ne surviennent pas dans le cadre de l'événement dont ils étaient un aspect accessoire ne peuvent constituer un droit ancestral, même si cet événement faisait partie intégrante de la société autochtone en question. Cette conclusion s'ap-

also disposed of the aboriginal right to fish commercially.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Further, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Finally, but most significantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be viewed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to native perspective on the meaning of the rights asserted.

The "frozen right" approach focusing on aboriginal practices should not be adopted. Instead, the definition of aboriginal rights should refer to the notion of "integral part of distinctive aboriginal culture" and should "permit the evolution of aboriginal rights over time". Case law on treaty and aboriginal rights relating to trade supports the making of a distinction between the sale, trade and barter of fish for, on the one hand, livelihood, support and sustenance purposes and for, on the other, purely commercial purposes. The delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum.

The facts did not support framing the issue in terms of commercial fishing. Transactions were not directed at providing an economic profit. The right claimed was the right to sell, trade and barter fish without more specification and not the right to fish commercially. Moreover, the impugned legislative provisions are not directed only at commercial fishing. They prohibit commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish, including the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. Consequently, the issue here is whether the band's right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

An aboriginal practice, custom or tradition, to be recognized as a constitutionally protected aboriginal right, must be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time. The trial judge, when examining the historical evidence presented at trial, mischaracterized the aboriginal rights claimed, erred in his approach to the interpreta-

plique aussi quant au droit ancestral de pêcher commercialement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. En outre, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté à l'égard des peuples autochtones. Enfin, ce qui est le plus important, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés à la lumière de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués.

La méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones, ne devrait pas être adoptée. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait renvoyer à la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive» et devrait «permettre aux droits d'évoluer avec le temps». La jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités relatifs au commerce justifie que l'on fasse une distinction entre la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance d'une part, et la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales d'autre part. La délimitation des droits ancestraux doit être envisagée dans un continuum.

Les faits de l'espèce ne permettaient pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. Les opérations n'étaient pas destinées à réaliser des profits. Le droit revendiqué était le droit de vendre et d'échanger du poisson, sans autre précision, et non celui de pratiquer la pêche commerciale. De plus, les dispositions législatives contestées ne visent pas seulement la pêche commerciale. Elles interdisent la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales et non commerciales, y compris la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance. En conséquence, la question en litige en l'espèce est de savoir si le droit de pêche de la bande inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Pour être reconnue comme un droit constitutionnellement protégé, la coutume, la pratique ou la tradition autochtone doit avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. Lorsqu'il a examiné la preuve historique présentée, le juge du procès a mal caractérisé les droits ancestraux revendiqués, il a fait

tion of the nature and extent of such rights, and misapplied the test in *Sparrow*. These palpable and overriding errors conferred on an appellate court the right to intervene and to substitute its own findings of fact.

The evidence showed that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the native bands involved. The evidence also showed that they sold, traded and bartered fish for livelihood, support and sustenance purposes for a substantial continuous period of time. The type of aboriginal practices, customs and traditions, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years were considered. Here, trade and exchange of salmon existed long before the first Europeans arrived.

Per McLachlin J. (dissenting): The aboriginal right to sell fish is limited to equivalence with what the aboriginal people in question historically took from the fishery according to aboriginal law and custom. The native people here established that right. They did not need to prove that their traditional ways were identical to those used by them in the fishery to-day. Such a requirement would preclude the adaptation of aboriginal peoples to the modern era.

Extinguishment

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Aboriginal rights can be extinguished through a series of legislative acts. The intention to extinguish must nonetheless be clear and plain, in the sense that the government must address the aboriginal activities in question and explicitly extinguish them by making them no longer permissible. This is diametrically opposed to the position that extinguishment may be achieved by merely regulating an activity or that legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of an aboriginal right can be deemed to extinguish it. Here, the legislation was insufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter for livelihood, support and sustenance purposes. The statutes and regulations did not address aboriginal fishing in any way that demonstrates an intention to abolish aboriginal interest in the fishery.

erreur dans sa méthode d'interprétation de la nature et de la portée de ces droits et il a mal appliqué le critère établi dans l'arrêt *Sparrow*. Ces erreurs manifestes et dominantes conféraient à une cour d'appel le droit d'intervenir et de substituer son appréciation de la preuve à celle du juge du procès.

La preuve a établi que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance avaient un caractère suffisamment important et fondamental pour l'organisation sociale et la culture des bandes autochtones en cause. La preuve a également établi que celles-ci ont vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance pendant une période considérable et ininterrompue. On a tenu compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture particulière de la société autochtone visée ainsi que de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, le saumon a fait l'objet d'échanges longtemps avant l'arrivée des premiers Européens.

Le juge McLachlin (dissidente): Le droit ancestral de vendre du poisson se limite à l'équivalent de ce que les autochtones en cause ont tiré historiquement de la pêche conformément aux lois et coutumes autochtones. Les autochtones en cause en l'espèce ont établi l'existence de ce droit. Ils n'ont pas à prouver que la façon dont ils ont traditionnellement utilisé la pêche pour en tirer leur subsistance était identique à la façon dont ils s'y prennent aujourd'hui. Une telle exigence empêcherait les peuples autochtones de s'adapter au monde moderne.

Extinction

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les droits ancestraux peuvent être éteints par l'adoption d'une série de mesures législatives. Néanmoins, l'intention d'éteindre des droits doit être claire et expresse, en ce sens que le gouvernement doit viser les activités autochtones en question et les éteindre explicitement en interdisant désormais l'exercice. Cela va diamétralement à l'encontre de la thèse que l'extinction peut découler du seul fait de la réglementation d'une activité ou du fait de l'existence d'une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue d'un droit ancestral. En l'espèce, les mesures législatives étaient insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Les lois et les règlements ne visaient pas la pêche autochtone d'une manière qui démontre l'intention d'abolir l'intérêt des autochtones en ce qui concerne la pêche.

Per McLachlin J. (dissenting): The aboriginal right to trade fish for sustenance was not extinguished for the reasons given in *R. v. Van der Peet*.

Prima Facie Infringement

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The issue of *prima facie* infringement had to be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): The evidence established an aboriginal right covering the activity at issue. The regulatory scheme infringed that right as it prohibited any sale of fish for sustenance and made no provision for satisfaction of the collective right. The size of the transaction alone did not rebut the *prima facie* infringement. The quantity of fish sold was relevant only in relation to the natives' sustenance needs. The aboriginal right was a collective one. Its infringement was established when the Crown failed to show that it had put in place a regulatory scheme that met the natives' collective right to trade in fish for sustenance.

Justification

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The issue of justification had to be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): The infringement of the aboriginal right to sell fish for sustenance was not justified. To justify an infringement of an aboriginal right, the Crown must establish both that the law or regulation at issue was enacted for a "compelling and substantial" purpose, and that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward the aboriginal peoples. The Crown did not establish that the denial of the aboriginal right to sell fish for sustenance was required for conservation purposes or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. Moreover, the total denial conflicted with the fiduciary duty of the Crown to permit

Le juge McLachlin (dissidente): Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, le droit ancestral d'échanger du poisson à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

Atteinte prima facie

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'atteinte *prima facie* doit être renvoyée à la juridiction de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de la trancher.

Le juge McLachlin (dissidente): La preuve a établi l'existence d'un droit ancestral visant l'activité en cause. Le régime de réglementation a porté atteinte à ce droit en ce qu'il interdisait complètement la vente de poisson à des fins de subsistance et ne contenait aucune disposition permettant de respecter le droit collectif. L'ampleur de l'opération n'écarte pas à elle seule l'atteinte à première vue. En effet, la quantité de poisson vendue n'était pertinente qu'en rapport avec les besoins des autochtones en matière de subsistance. Le droit ancestral était un droit collectif. L'existence d'une atteinte à ce droit ancestral a été établie dès lors que le ministère public n'a pu démontrer que l'État avait mis en place un régime de réglementation qui respectait le droit collectif des autochtones de faire le commerce du poisson à des fins de subsistance.

Justification

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de la justification doit être renvoyée à la juridiction de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de la trancher.

Le juge McLachlin (dissidente): L'atteinte au droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance n'a pas été justifiée. Pour justifier l'atteinte à un droit ancestral, le ministère public doit établir à la fois que la disposition législative ou réglementaire en cause a été adoptée dans la poursuite d'objectifs «impérieux et réels», et que cette disposition est compatible avec l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones. Le ministère public n'a pas établi que la privation du droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance était nécessaire pour des objectifs de conservation ou d'autres objectifs liés à l'exploitation continue et responsable de la ressource. De plus, la pri-

exercise of a constitutionally guaranteed aboriginal right.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, rev'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; **referred to:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507, rev'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *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; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *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; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(1), (5) [ad. SOR/85-290, s. 5].

Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.

Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) [rep. & sub. S.C. 1976-77, c. 35, s. 18].

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 81(1)(o) [am. S.C. 1985, c. 27, s. 15.1(2)].

Sheshaht Band Fish By-Law, SOR/82-471.

vation totale de ce droit était incompatible avec l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de permettre l'exercice d'un droit ancestral garanti par la Constitution.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, inf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; **arrêts mentionnés:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, inf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *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; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *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; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 81(1)(o) [mod. L.C. 1985, ch. 27, art. 15.1(2)].

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) [abr. & rempl. S.C. 1976-77, ch. 35, art. 18].

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(1), (5) [aj. DORS/85-290, art. 5].

Sheshaht Band Fish By-Law, DORS/82-471.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Edited by J.B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, "commerce".

New Encyclopaedia Britannica, vol. 6, 15th ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, 29 B.C.A.C. 273, 48 W.A.C. 273, [1993] 5 W.W.R. 542, [1993] 4 C.N.L.R. 158, dismissing an appeal from a judgment of Melvin Co. Ct. J. (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, dismissing an appeal from conviction by MacLeod Prov. Ct. J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

David M. Rosenberg and Hugh Braker, for the appellants.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Patrick G. Foy, for the intervener the Canadian National Railway Company.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, Q.C., and *Robert Lonergan*, for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape and Robert C. Freedman, for the intervener the First Nations Summit.

Stuart Rush, Q.C., and *Michael Jackson*, for the interveners Delgamuukw et al.

Arthur C. Pape and Clayton C. Ruby, for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner.

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Edited by J.B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, «commerce».

New Encyclopaedia Britannica, vol. 6, 15th ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, 29 B.C.A.C. 273, 48 W.A.C. 273, [1993] 5 W.W.R. 542, [1993] 4 C.N.L.R. 158, rejetant l'appel d'un jugement du juge Melvin de la Cour de comté (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, qui avait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge MacLeod de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

David M. Rosenberg et Hugh Braker, pour l'appelante.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Patrick G. Foy, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, c.r., et *Robert Lonergan*, pour les intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape et Robert C. Freedman, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Stuart Rush, c.r., et *Michael Jackson*, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

Arthur C. Pape et Clayton C. Ruby, pour les intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Facts

1 The appellant, N.T.C. Smokehouse Ltd., is an incorporated company which owns and operates a food processing plant near Port Alberni, British Columbia. The appellant was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offences of selling and purchasing fish not caught under the authority of a commercial fishing licence, contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and with the offences of selling and purchasing fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*.

2 The charges related to the purchase of salmon by the appellant arose out of a series of transactions between September 7, 1986 and September 23, 1986, in which the appellant purchased 119 435 pounds of Chinook salmon caught by members of the Sheshaht and Opetchesaht bands. The Department of Fisheries and Oceans had issued Indian food fish licences authorizing members of both the Sheshaht and Opetchesaht bands to fish in the Somass River for three two-day periods between September 7, 1986 and September 23, 1986. All of the fish purchased by the appellant were caught under the authority of these Indian food fish licences.

3 The charges related to the sale of salmon by the appellant arose out of a series of transactions between September 8, 1986 and October 24, 1986, in which the appellant sold approximately 105 302 pounds of the chinook salmon which it had purchased from the members of the Sheshaht and Opetchesaht bands. The salmon were sold to Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. and Maranatha Seafoods Ltd.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Les faits

L'appelante, N.T.C. Smokehouse Ltd., est une société constituée en personne morale qui possède et exploite une usine de transformation alimentaire près de Port Alberni, en Colombie-Britannique. Elle a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, d'avoir acheté et d'avoir vendu du poisson qui n'avait pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, infractions prévues au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir acheté et vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, infractions prévues au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*.

Les accusations concernant l'achat de saumon par l'appelante découlaient d'une série d'opérations survenues entre le 7 et le 23 septembre 1986 et dans le cadre desquelles celle-ci a acheté 119 435 livres de saumon quinnat pris par des membres des bandes de Sheshaht et d'Opetchesaht. Le ministère des Pêches et Océans avait délivré des permis de pêche de subsistance des Indiens autorisant des membres des deux bandes susmentionnées à pêcher dans la rivière Somass durant trois périodes de deux jours, entre le 7 et le 23 septembre 1986. Tout le poisson acheté par l'appelante a été pris en vertu de ces permis de pêche de subsistance des Indiens.

Les accusations concernant la vente de saumon par l'appelante découlaient d'une série d'opérations survenues entre le 8 septembre et le 24 octobre 1986 et dans le cadre desquelles celle-ci a vendu environ 105 302 livres de saumon quinnat qu'elle avait achetées à des membres des bandes de Sheshaht et d'Opetchesaht. Le saumon a été vendu aux entreprises suivantes: Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. et Maranatha Seafoods Ltd.

At the time at which the appellants were charged s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* read:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

Section 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* read:

4. . . .

(5) No person shall buy, sell, trade or barter or attempt to buy, sell, trade or barter fish or any portions thereof other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence issued by the Minister or the Minister of Environment for British Columbia.

The appellant has not contested any of these facts, instead basing its defence on the position that, in these circumstances, the Regulations were in violation of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and were therefore, by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, of no force or effect with respect to the appellant. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* reads:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

II. Judgments Below

Provincial Court

At trial the appellant argued that a by-law enacted by the Sheshaht Band, pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, rendered the Regulations inapplicable. This argument was rejected by the trial judge on the grounds that the by-law does not apply to fishing in the Somass River because the Somass does not fall within the boundaries of the Sheshaht Reserve; this argument has not been pursued at this Court.

À la date où les accusations ont été déposées contre l'appelante, le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* était ainsi rédigé:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* portait:

4. . . .

(5) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger du poisson ou des parties de poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale délivré par le Ministre ou le *Minister of Environment* de la Colombie-Britannique.

L'appelante n'a contesté aucun de ces faits, fondant plutôt sa défense sur la thèse que, dans les circonstances, les dispositions réglementaires portaient atteinte aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et qu'elles étaient donc, par l'effet de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, inopérantes à son égard. Voici le texte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

II. Les décisions des juridictions inférieures

Cour provinciale

Au procès, l'appelante a soutenu qu'un règlement administratif pris par la bande de Sheshaht, conformément à l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, rendait le Règlement inapplicable. Cet argument a été rejeté par le juge du procès pour le motif que le règlement administratif ne s'applique pas à la pêche dans la rivière Somass, étant donné que celle-ci ne se trouve pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht. Cet argument n'a pas été avancé devant notre Cour.

4

5

6

7

The appellant also argued that the Regulations violated the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht to sell fish. The trial judge rejected this argument on the basis that while there was some evidence to suggest that exchange and trade of salmon had occurred amongst the Sheshaht and Opetchesaht, the evidence also suggested that "what sales were made were few and far between". In the result, the trial judge convicted the appellant of selling salmon caught pursuant to an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the Regulations, and of purchasing salmon that was not caught under the authority of a commercial licence, contrary to s. 4(5) of the Regulations. The other charges against the appellant were dismissed on the basis of the principle in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

County Court of Vancouver Island (1990), 9 W.C.B. (2d) 439

8

The appellant's conviction was upheld by the County Court of Vancouver Island. Melvin Co. Ct. J. rejected the appellant's argument, abandoned on appeal to this Court, that the Fisheries Regulations were *ultra vires* the federal government. He also agreed with the trial judge that the Somass River fell outside of the boundaries of the Sheshaht Reserve, with the result that the Sheshaht by-law could not be used as a defence to the charges. Melvin Co. Ct. J. did not conclusively decide whether the appellant had established the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht to sell fish, disposing of the appellant's argument on this point on the basis that, even if such a right does exist, "the regulations as they exist are necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest and as such are valid and enforceable". Melvin Co. Ct. J. did note, however, in agreement with the trial judge, that the evidence

L'appelante a également prétendu que le Règlement portait atteinte au droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson. Le juge du procès n'a pas retenu cet argument parce que, même s'il existait des éléments de preuve tendant à indiquer qu'il y avait eu commerce et échange de saumon entre les Sheshaht et les Opetchesaht, la preuve indiquait aussi que [TRADUCTION] «les ventes ont été plutôt rares». En conséquence, le juge du procès a déclaré l'appelante coupable d'avoir vendu du saumon pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du Règlement, et d'avoir acheté du saumon n'ayant pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du Règlement. Les autres accusations portées contre l'appelante ont été rejetées en application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Cour de comté de l'île de Vancouver (1990), 9 W.C.B. (2d) 439

La déclaration de culpabilité de l'appelante a été confirmée par la Cour de comté de l'île de Vancouver. Le juge Melvin de la Cour de comté a rejeté l'argument avancé par l'appelante — et qui a été abandonné devant notre Cour — que le Règlement de pêche outrepassait le pouvoir du gouvernement fédéral. Il a également souscrit à l'avis du juge du procès que la rivière Somass ne se trouvait pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht et donc que le règlement administratif de la bande ne pouvait être invoqué en défense à l'encontre des accusations portées. Le juge Melvin n'a pas tranché de façon décisive la question de savoir si l'appelante avait établi le droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson. Il a repoussé l'argument de l'appelante sur ce point pour le motif que, même si un tel droit existe, [TRADUCTION] «le règlement, tel qu'il existe, est soit nécessaire pour assurer une gestion et une conservation judicieuses de la ressource, soit dans l'intérêt public, et, à ce titre, il est valide et exécutoire». Le juge Melvin a cependant fait remarquer, à l'instar du juge du procès, que la preuve tendant à indiquer l'existence d'un droit d'échanger ou de

suggesting a right to exchange or sell salmon was “somewhat tenuous”.

British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158

Wallace J.A., writing for himself and two others, upheld the judgments of the courts below, agreeing in substance with Melvin Co. Ct. J.’s disposition of the appellant’s challenge to the authority of the federal government to enact the Regulations and with Melvin Co. Ct. J.’s decision that the Somass River did not fall within the boundaries of the Sheshaht Reserve. With regards to the aboriginal rights issue, Wallace J.A. held that the trial judge’s ruling that the commercial sale of fish did not constitute an aboriginal right, because determined as a question of fact, should not be disturbed. Although unnecessary given his position on the existence of an aboriginal right, Wallace J.A. also briefly considered the question of whether the right had been extinguished. Wallace J.A. did not decide whether the government’s actions would, if a right to sell fish had been found, have been sufficient to extinguish that right; however, he did hold, in disagreement with Lambert J.A., that this Court’s decision in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, was not determinative of the issue.

Hutcheon J.A. concurred. With regards to the question of whether or not the appellant had demonstrated an aboriginal right, Hutcheon J.A., at p. 186, held that the question of whether the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht included the right to sell fish is a “finding of fact based on the evidence” with the result that the Court of Appeal was “without jurisdiction to examine this ground of appeal”.

Lambert J.A. dissented. He held that the trial judge made an error of law because only considering the situation of the Sheshaht and Opetchesaht peoples prior to contact, with the result that the Court of Appeal did have jurisdiction to review the

vendre du saumon était [TRADUCTION] «un peu mince».

Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158

Écrivant en son nom et au nom de deux de ses collègues, le juge Wallace a confirmé les jugements des tribunaux inférieurs, souscrivant essentiellement à la décision du juge Melvin sur la contestation par l’appelante du pouvoir du gouvernement fédéral de prendre le règlement en cause et à la conclusion du juge Melvin que la rivière Somass ne se trouvait pas à l’intérieur des limites de la réserve de Sheshaht. Quant à la question des droits ancestraux, le juge Wallace a statué qu’il ne convenait pas de modifier la décision du juge Melvin que la vente de poisson à des fins commerciales n’était pas un droit ancestral, étant donné que ce point avait été tranché en tant que question de fait. Même si cela n’était pas nécessaire, compte tenu de sa décision sur l’existence d’un droit ancestral, le juge Wallace a examiné brièvement la question de savoir s’il y avait eu extinction du droit. Il n’a pas décidé si les mesures prises par le gouvernement auraient été suffisantes pour entraîner l’extinction du droit de vendre du poisson, si on avait conclu à l’existence d’un tel droit. Toutefois, contrairement au juge Lambert, il a statué que l’arrêt de notre Cour *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, n’avait pas tranché cette question de manière décisive.

Le juge Hutcheon a souscrit à l’avis de son collègue. Pour ce qui est de savoir si l’appelante avait fait la preuve de l’existence d’un droit ancestral, il a conclu, à la p. 186, que la réponse à la question de savoir si les droits ancestraux des Sheshaht et des Opetchesaht incluaient le droit de vendre du poisson était une [TRADUCTION] «conclusion de fait qui était fondée sur la preuve», de sorte que la Cour d’appel était [TRADUCTION] «incompétente pour examiner ce moyen d’appel».

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Il a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en tenant compte seulement de la situation des Sheshaht et des Opetchesaht avant le contact avec les Européens, et que, en consé-

9

10

11

decision. Relying on his decision in *R. v. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, and the position taken therein that aboriginal rights must be identified through considering the significance of the practices, traditions and customs to the aboriginal people in question, Lambert J.A. held at para. 159 that the Sheshaht and Opetchesaht peoples had the right to “catch, and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sheshaht and Opetchesaht peoples, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood...” (italics in original). Lambert J.A. held, further, that the Crown had failed to demonstrate that the right had been extinguished, relying on the judgment in *Sparrow*, *supra*, for the proposition that fisheries regulations enacted by the federal government were insufficient to demonstrate a clear and plain intention to extinguish the right. Lambert J.A. also held at para. 163 that the rights of the Sheshaht and Opetchesaht had clearly been infringed by the legislation and that, since allowing people to catch on average 3/4 of a ton of fish, and not permitting the sale of that fish, “makes no sense”, the infringement was not justified. In the result, Lambert J.A. would have allowed the appeal and entered verdicts of acquittal on all counts against the appellant.

III. Grounds of Appeal

12

Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994: [1994] 1 S.C.R. ix. The following constitutional questions were stated:

1. Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?
2. Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of

quence, la Cour d’appel était compétente pour examiner cette décision. S’appuyant sur sa décision dans l’affaire *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, et sur la position qu’il y avait prise relativement à la nécessité d’identifier les droits ancestraux en fonction de l’importance des coutumes, pratiques et traditions pour les autochtones visés, le juge Lambert a conclu, au par. 159, que les Sheshaht et les Opetchesaht avaient le droit [TRADUCTION] «de prendre et, s’ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l’entremise d’autres Sheshaht et Opetchesaht, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu’aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable...» (en italique dans l’original). En outre, le juge Lambert a décidé que le ministère public n’avait pas démontré que le droit avait été éteint, se fondant à cet égard sur l’arrêt *Sparrow*, précité, pour affirmer que le règlement de pêche pris par le gouvernement fédéral ne permettait pas d’établir une intention claire et manifeste en ce sens. Il a aussi conclu, au par. 163, que les droits des Sheshaht et des Opetchesaht avaient été clairement violés par les dispositions législatives et que, comme il ne [TRADUCTION] «faisait aucun sens» d’autoriser des gens à prendre en moyenne trois quarts de tonne de poisson mais de ne pas leur permettre de vendre le poisson, la violation n’était pas justifiée. En conséquence, le juge Lambert aurait fait droit à l’appel et acquitté l’appelante de tous les chefs d’accusation.

III. Moyens d’appel

L’autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994: [1994] 1 R.C.S. ix. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu’il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l’égard de l’appelante en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu’elle invoque?
2. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu’il

1986, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in differentiating between fishing for consumption and fishing for commercial purposes in delineating the scope of the Sheshaht and Opetchesaht's aboriginal rights. The appellant argued that this differentiation was a result of the Court of Appeal's failure to view the problem from the aboriginal perspective. The appellant also argued that aboriginal rights should be "unlimited" in definition and that any limits on those rights must be justified by the Crown in accordance with the test laid out in *Sparrow*.

Delgamuukw et al. intervened on behalf of the appellant as did Howard Pamajewon et al. and the First Nations Summit. The Attorney General of British Columbia, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation all intervened on behalf of the respondent.

IV. Analysis

The adjudication of the appellant's claim requires this Court to apply the principles articulated in its decision, released contemporaneously, in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. In *Van der Peet*, the Court held at para. 46 that to be recognized as 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". The question that must be answered in this case, therefore, is whether the appellant has demonstrated that the Sheshaht and Opetchesaht, in selling fish to the appellant, were exercising an aboriginal right.

As a preliminary matter, it should be noted that the aboriginal right asserted in this case is not one held by the appellant itself, but rather one argued to be held by the Sheshaht and Opetchesaht peo-

se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

L'appelante se pourvoit pour le motif que la Cour d'appel a fait erreur en faisant une distinction entre la pêche à des fins de consommation et la pêche à des fins commerciales pour déterminer la portée des droits ancestraux des Sheshaht et des Opetchesaht. Elle a soutenu que la Cour d'appel a fait cette distinction parce qu'elle n'a pas tenu compte du point de vue des autochtones. L'appelante a affirmé en outre que, lorsqu'on définit des droits ancestraux, ceux-ci ne devraient être assujettis à [TRADUCTION] «aucune limite», et que toute limite imposée à ces droits doit être justifiée par le ministre public, conformément au critère énoncé dans *Sparrow*.

Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon et autres et le First Nations Summit sont intervenus pour soutenir l'appelante. Le procureur général de la Colombie-Britannique, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation sont intervenus pour appuyer l'intimée.

IV. Analyse

Pour statuer sur la revendication de l'appelante, notre Cour doit appliquer les principes qu'elle a énoncés dans l'arrêt rendu à la même date *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu, au par. 46, que 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». En l'espèce, il s'agit donc de décider si l'appelante a fait la preuve que, en vendant du poisson à l'appelante, les Sheshaht et les Opetchesaht exerçaient un droit ancestral.

À titre de remarque préliminaire, il convient de signaler que le droit ancestral revendiqué en l'espèce n'est pas un droit dont l'appelante serait elle-même titulaire, mais plutôt un droit qui, affirme-

13

14

15

ples. Given, however, that in order to convict the appellant it is necessary that the sale of the fish by the Sheshaht and the Opetchesaht have been illegal, the appellant is entitled to raise as a defence to the charges against it the existence of an aboriginal right, held by the Sheshaht and Opetchesaht, and recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which would negate the illegality of the sale of salmon by members of the Sheshaht and Opetchesaht bands.

16 I now turn to the application of the *Van der Peet* test. As was held in that case, the first stage in the analysis of a claim to an aboriginal right 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 argued to infringe the right, and the tradition, custom or practice relied upon to establish the right.

17 In *Van der Peet* the claim to an aboriginal right was characterized not as a claim for the right to fish commercially but rather simply as a claim for the right to exchange fish for money or other goods. The right was so characterized on the basis that the transaction engaged in by Mrs. Van der Peet — the sale of 10 salmon for \$50 — could only be characterized as “commercial” in the broadest sense of the word; moreover, the regulation under which she was charged prohibited all sale or trade of fish caught under the authority of an Indian food fish licence, regardless of the extent or nature of the transaction.

18 In the case at bar, however, the claim made by the appellant appears closer to a claim of a right to fish commercially than was the case in *Van der Peet*. The sale of in excess of 119,000 pounds of salmon by 80 people, an amount constituting approximately 1,500 pounds of salmon per person, would appear to be much closer to an act of commerce — “exchange of merchandise or services, esp. on a large scale” (emphasis added), *Concise*

t-on, serait détenu par les Sheshaht et les Opetchesaht. Toutefois, étant donné que, pour que l’appelante soit déclarée coupable, il est nécessaire que la vente du poisson par les Sheshaht et les Opetchesaht ait été illégale, l’appelante a le droit de faire valoir en défense, contre les accusations qu’on lui reproche, l’existence d’un droit ancestral qui serait détenu par les Sheshaht et les Opetchesaht, qui serait reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui réfuterait l’illégalité de la vente de saumon par les membres des bandes de Sheshaht et d’Opetchesaht.

J’aborde maintenant l’application du critère établi dans *Van der Peet*. Comme il a été jugé dans cet arrêt, la première étape de l’analyse de la revendication d’un droit ancestral par notre Cour consiste à déterminer la nature précise de la revendication de l’appelante, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l’acte qui, affirme-t-on, aurait été accompli en vertu d’un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci.

Dans *Van der Peet*, le droit ancestral revendiqué a été caractérisé non pas comme étant le droit de pêcher commercialement, mais simplement celui d’échanger du poisson contre de l’argent ou d’autres biens. Le droit a été caractérisé de la sorte parce que l’opération faite par M^{me} Van der Peet — vente de 10 saumons pour 50 \$ — ne pouvait être qualifiée de «commerciale» que dans le sens le plus large du terme. Qui plus est, la disposition du règlement en application de laquelle cette dernière a été inculpée interdisait complètement la vente ou l’échange de poisson pris en vertu d’un permis de pêche de subsistance des Indiens, indépendamment de la nature ou de l’ampleur de l’opération.

Cependant, dans le présent pourvoi, le droit revendiqué par l’appelante semble se rapprocher davantage du droit de pêcher commercialement que ce n’était le cas dans *Van der Peet*. La vente de plus de 119 000 livres de saumon par 80 personnes, quantité qui s’élève à environ 1 500 livres de saumon par personne, semble se rapprocher davantage d’un acte de commerce — [TRADUCTION] «échange de produits ou de services, particu-

Oxford Dictionary (7th ed. 1982) — than was engaged in by Mrs. Van der Peet, thereby suggesting that the claim being made by the appellant is, in fact, that the Sheshaht and Opetchesaht have the aboriginal right to fish commercially.

That being said, the Regulations under which the appellant was charged, like the regulation at issue in *Van der Peet*, prohibit all sale or trade of salmon caught under the authority of an Indian food fish licence or without the authority of a commercial fishing licence. This would suggest that, despite the scale and extent of the sale and trade by the Sheshaht and Opetchesaht, the claim they are making is best characterized in the manner suggested in *Van der Peet* — i.e., as a claim to the right to exchange fish for money or other goods. If the regulations restrict all sale or trade, and the Sheshaht and Opetchesaht have an aboriginal right to exchange salmon for money or other goods, then it will be at least arguable that those regulations constitute an unjustifiable infringement of the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht and are unconstitutional in their application to the appellant.

The difficulty in resolving the nature of the appellant's claim in this case can be avoided. The claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden on the appellant than a claim to an aboriginal right to exchange fish for money or other goods: to support the latter claim the appellant needs only to show that exchange of fish for money or other goods was integral to the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht, while to support the former claim the appellant needs to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods, on a scale best characterized as commercial, was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. Demonstrating that the exchange of fish occurred on a commercial scale would, necessarily, also demonstrate that the

lièrement sur une grande échelle» (je souligne), *Concise Oxford Dictionary* (7^e éd. 1982) — que l'opération effectuée par M^{me} Van der Peet, fait qui tend à indiquer que, en réalité, la prétention de l'appelante est que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent le droit ancestral de pêcher commercialement.

Cela dit, les dispositions réglementaires en vertu desquelles l'appelante a été inculpée, tout comme celle en litige dans *Van der Peet*, interdisent complètement la vente ou l'échange de saumon pris en application d'un permis de pêche de subsistance des Indiens ou sans détenir un permis de pêche commerciale. Cela tend à indiquer que, malgré l'ampleur des ventes et échanges faits par les Sheshaht et les Opetchesaht, la meilleure façon de caractériser leur revendication est celle donnée dans *Van der Peet* — c'est-à-dire la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Si les dispositions réglementaires interdisent complètement la vente ou l'échange, et que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent le droit ancestral d'échanger du saumon contre de l'argent ou d'autres biens, il est alors à tout le moins possible de faire valoir que ces dispositions constituent une atteinte injustifiable aux droits ancestraux des Sheshaht et des Opetchesaht, et qu'elles sont inconstitutionnelles dans la mesure où elles s'appliquent à l'appelante.

La difficulté que pose la détermination de la nature de la revendication de l'appelante en l'espèce peut être évitée. La revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose à l'appelante un fardeau plus lourd que la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. En effet, pour étayer la seconde revendication, l'appelante n'a qu'à démontrer que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht, tandis que pour étayer la première l'appelante doit établir que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de ces cultures distinctives. Démontrer qu'il y avait des échanges de

exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht; because of this relationship between the two claims, should the appellant fail to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht or Opetchesaht, it will also have failed to demonstrate that the exchange of fish on a commercial basis was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht or Opetchesaht.

21 This judgment will thus characterize, at the outset, the claim of the appellant as a claim that the Sheshaht and the Opetchesaht have the right to exchange fish for money or other goods. It will turn to the claim that the Sheshaht and the Opetchesaht have the right to fish commercially only if the first claim to a right to exchange fish for money or other goods has been established.

22 The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the Court to determine whether the practice, tradition or custom claimed to be an aboriginal right was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. The Court must thus determine, in this case, whether the exchange of fish for money or other goods could be said to be a central, significant or defining feature of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht.

23 For the purposes of this analysis no distinction will be made between the cultures of the Sheshaht and Opetchesaht because no such distinction was made by the appellant in its factum nor in the decisions of the courts below. Further, the evidence presented at trial did not distinguish between the cultures and history of the two bands. Normally, because the determination of whether or not an aboriginal right exists is specific to the particular aboriginal group claiming the right, distinctions between aboriginal claimants will be significant and important; however, in this case it does not appear, as a factual matter, that any significant dis-

poisson sur une échelle commerciale reviendrait nécessairement à établir par la même occasion que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht. En raison de ce rapport entre les deux revendications, si l'appelante ne parvient pas à démontrer que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht ou des Opetchesaht, elle n'aura pas non plus établi que l'échange de poisson sur une échelle commerciale faisait partie intégrante de leur culture distinctive.

En conséquence, dans le présent jugement, on considérera d'abord que l'appelante prétend que les Sheshaht et les Opetchesaht ont le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. La prétention que les Sheshaht et les Opetchesaht ont le droit de pêcher commercialement ne sera examinée que si le bien-fondé de la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens a été établi.

Conformément à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer si, avant le contact avec les Européens, la coutume, la pratique ou la tradition que l'on prétend être un droit ancestral faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive en cause. Notre Cour doit donc décider si, dans le présent cas, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens peut être qualifié de caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht.

Aux fins de cette analyse, aucune distinction ne sera faite entre la culture des Sheshaht et celle des Opetchesaht, puisque ni l'appelante dans son mémoire ni les juridictions inférieures dans leur décision n'en ont faite. De plus, la preuve produite au procès n'a pas établi de distinction entre la culture des deux bandes et leur histoire. Normalement, comme l'examen de la question de savoir si un droit ancestral existe ou non doit porter spécifiquement sur le groupe autochtone particulier qui revendique ce droit, les distinctions entre les différents demandeurs autochtones sont importantes. En l'espèce, toutefois, il ne semble pas y avoir, dans

tinctions exist between the Sheshaht and the Opetchesaht.

I would also note with regard to the second stage of the *Van der Peet* analysis that the determination of whether the exchange of salmon is an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht will depend, in significant part, on the factual evidence that was before the trial court and, here at the appellate level, on the findings of fact made by the trial judge. I do not agree with the position adopted by the majority of the British Columbia Court of Appeal, that the trial judge's decision in this case was purely a determination of a question of fact; however, the outcome of the appeal will turn in large part on the facts as found by MacLeod Prov. Ct. J., the trial judge.

As was emphasized in *Van der Peet*, the findings of fact made by the trial judge should not, absent a palpable and overriding error, be overturned on appeal. It has not been argued in this case, and nor does a review of the evidence and transcripts demonstrate, that the trial judge made such an error in reviewing the evidence; therefore, the question that this Court must answer is, simply, whether the findings of fact made by the trial judge demonstrate that the exchange of fish for money or other goods by the Sheshaht and Opetchesaht was a sufficiently significant, central and defining feature of their cultures so as to constitute an aboriginal right.

At trial, MacLeod Prov. Ct. J., upon reviewing the evidence, made the following findings of fact with regards to the exchange of fish by the Sheshaht Band:

I am satisfied that the Sheshaht Band has an aboriginal right to fish in the area, however, the evidence does not show to me that the Sheshahts in the period of their residence were sellers and barter[er]s of fish, and contrary, it appears that the Sheshaht over the past 200 years, what sales were made were few and far between. No doubt there were potlatches and meetings and exchanges of gifts of salmon, but these do not constitute an aborigi-

les faits, de distinctions importantes entre les Sheshaht et les Opetchesaht.

Je tiens également à souligner, au sujet de la deuxième étape de l'analyse établie dans *Van der Peet*, que la réponse à la question de savoir si l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht dépend, dans une large mesure, de la preuve factuelle dont disposait le juge au procès, et, devant nous en appel, des conclusions de fait tirées par ce dernier. Je ne suis pas d'accord avec la position des juges de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que, en l'espèce, la décision du juge du procès était purement une décision sur une question de fait. Toutefois, l'issue du pourvoi dépendra dans une large mesure des conclusions de fait du juge du procès, le juge MacLeod.

Comme il a été souligné dans *Van der Peet*, les conclusions de fait tirées par le juge du procès ne doivent pas, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, être modifiées en appel. Dans le présent pourvoi, il n'a pas été plaidé — et il ne ressort pas non plus de l'examen de la preuve et de la transcription des débats — que le juge du procès a fait une telle erreur en analysant la preuve. Par conséquent, la question que notre Cour doit trancher est simplement celle de savoir si les conclusions de fait tirées par le juge du procès établissent que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens par les Sheshaht et les Opetchesaht était une caractéristique suffisamment importante, fondamentale et déterminante de leur culture pour constituer un droit ancestral.

Au procès, après avoir étudié la preuve, le juge MacLeod a tiré les conclusions de fait qui suivent relativement à l'échange de poisson par la bande des Sheshaht:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de pêcher dans la région; toutefois, la preuve ne montre pas, à mon sens, que, durant la période où ils y habitaient, les Sheshaht ont pratiqué la vente ou le troc du poisson, mais au contraire, il semble que, dans le cas des Sheshaht au cours des 200 dernières années, les ventes ont été plutôt rares. Il ne fait aucun doute qu'il y avait des potlatches, mais

24

25

26

nal right to sell the allotted fish contrary to the Regulations.

The findings of fact made by the trial judge do not support the appellant's claim that, prior to contact, the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht or Opetchesaht. Sales of fish that were "few and far between" cannot be said to have the defining status and significance necessary for this Court to hold that the Sheshaht or Opetchesaht have an aboriginal right to exchange fish for money or other goods. Further, exchanges of fish at potlatches and at ceremonial occasions, because incidental to those events, do not have the independent significance necessary to constitute an aboriginal right. Potlatches and other ceremonial occasions may well be integral features of the Sheshaht and Opetchesaht cultures and, as such, recognized and affirmed as aboriginal rights under s. 35(1); however, the exchange of fish incidental to these occasions is not, itself, a sufficiently central, significant or defining feature of these societies so as to be recognized as an aboriginal right under s. 35(1). The exchange of fish, when taking place apart from the occasion to which such exchange was incidental, cannot, even if that occasion was an integral part of the aboriginal society in question, constitute an aboriginal right.

ces occasions et autres réunions du genre où on s'échangeait du saumon en cadeau ne constituent pas un droit ancestral de vendre, en violation du Règlement, le poisson attribué aux intéressés.

Les conclusions de fait du juge du procès n'appuient pas la prétention de l'appelante que, avant le contact avec les Européens, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht ou de celle des Opetchesaht. Il est impossible d'affirmer que de «rares» ventes de poisson ont le caractère déterminant et l'importance nécessaires pour permettre à notre Cour de conclure que les Sheshaht ou les Opetchesaht ont le droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. En outre, étant donné que les échanges de poisson pratiqués dans le cadre des potlatches et autres cérémonies sont des activités accessoires de ces événements, ils n'ont pas l'importance indépendante nécessaire pour constituer un droit ancestral. Il est bien possible que les potlatches et autres cérémonies fassent partie intégrante des cultures sheshaht et opetchesaht, et que, à ce titre, ils soient reconnus et confirmés comme des droits ancestraux visés au par. 35(1). Cependant, les échanges de poisson qui sont des activités accessoires de ces événements ne sont pas, en soi, une caractéristique suffisamment fondamentale, importante ou déterminante de ces sociétés pour être reconnus comme un droit ancestral visé au par. 35(1). Les échanges de poisson qui ne surviennent pas dans le cadre de l'événement dont ils étaient un aspect accessoire ne peuvent constituer un droit ancestral, même si cet événement faisait partie intégrante de la société autochtone en question.

27

This conclusion is also dispositive of the claim that the Sheshaht and Opetchesaht have an aboriginal right to fish commercially; given that the facts do not support a claim of a right to exchange fish for money or other goods the facts cannot be said to support a claim to fish commercially.

Cette conclusion tranche aussi la prétention que les Sheshaht et les Opetchesaht ont le droit ancestral de pêcher commercialement. Étant donné que les faits n'appuient pas la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, il est impossible d'affirmer qu'ils étayaient la revendication du droit de pêcher commercialement.

V. Disposition

In the result, the appeal is dismissed and the judgment of the Court of Appeal affirming the conviction of the appellant for violating s. 61(1) of the *Fisheries Act* is affirmed. There will be no order as to costs.

For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question 1: Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

Answer: No.

Question 2: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal, as well as the appeals in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, in which reasons are being released concurrently, and the appeal in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, concern the definition of aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

This broad issue was dealt with in *Van der Peet*. Both cases involve mainly the definition of the

V. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté et l'arrêt de la Cour d'appel confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante à l'égard de la violation du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries* est confirmé. Il n'y aura aucune ordonnance concernant les dépens.

Pour les motifs qui précèdent, les questions constitutionnelles doivent recevoir la réponse suivante:

Question 1: Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Non.

Question 2: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dont les motifs sont rendus en même temps, et l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, portent sur la définition des 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 étudiée dans l'arrêt *Van der Peet*. Ces pourvois portent respectivement

28

29

30

31

nature and extent of aboriginal rights. In this case, the particular question is whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples, from whom the appellant corporation purchased fish, possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

32 The Chief Justice is of the view that the Sheshaht and Opetchesaht peoples do not benefit from an existing aboriginal right to fish which includes the right to exchange fish for money or other goods and that, as a consequence, the appellant's convictions should be upheld. As in the case of *Van der Peet, supra*, I disagree with both the result he reaches and with his analysis of the issues at bar, specifically with regard to the approach to defining aboriginal rights and to the delineation of the aboriginal right claimed by the appellant.

33 N.T.C. Smokehouse Ltd. was charged with violating ss. 4(5) and 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, thereby committing an offence under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. Sections 4(5) and 27(5) of the Regulations read as follows:

4. . . .

(5) No person shall buy, sell, trade or barter or attempt to buy, sell, trade or barter fish or any portions thereof other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence issued by the Minister or the Minister of Environment for British Columbia.

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

Given that, in order to establish these offences, it must be determined whether the fish were lawfully sold, traded or bartered in the first place by the members of the Sheshaht and Opetchesaht Bands, it is open to the appellant to raise as a defence that these aboriginal activities are part and parcel of

principalement sur la définition de la nature et de l'étendue des droits ancestraux. Dans le présent pourvoi, la question particulière est de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht, auprès de qui la société appelante a acheté le poisson, possèdent un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Le Juge en chef est d'avis que les Sheshaht et les Opetchesaht ne jouissent pas d'un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, et que, en conséquence, les déclarations de culpabilité prononcées contre l'appelante devraient être confirmées. Tout comme dans *Van der Peet*, précité, je suis en désaccord à la fois avec le résultat auquel en arrive le Juge en chef et avec son analyse des questions en litige, tout particulièrement en ce qui concerne la façon dont il définit les droits ancestraux et délimite le droit ancestral revendiqué par l'appelante.

N.T.C. Smokehouse Ltd. a été accusée d'avoir violé les par. 4(5) et 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, perpétrant ainsi une infraction prévue au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Les paragraphes 4(5) et 27(5) du Règlement sont ainsi rédigés:

4. . . .

(5) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger du poisson ou des parties de poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale délivré par le Ministre ou le *Minister of Environment* de la Colombie-Britannique.

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

Étant donné que, pour prouver ces infractions, il faut déterminer si le poisson a été vendu ou échangé légalement au départ par les membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht, l'appelante peut faire valoir en défense que ces activités autochtones font partie intégrante des

aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The facts surrounding the offence were agreed upon prior to trial and are contained in an agreed statement of facts which was filed as an exhibit at trial. The undisputed facts relevant to the issue at hand include:

1. N.T.C. Smokehouse Ltd. is a company duly incorporated pursuant to the laws of the Province of British Columbia and was duly authorized to carry on business as food processors during the year 1986. The processing plant of N.T.C. Smokehouse Ltd. was located near Port Alberni, British Columbia.

3. The members of the Sheshaht and Opetchesaht Bands have traditionally fished for salmon in the Somass River before the arrival of non-Indians, and more particularly in the tidal waters of the river at the "Paper Mill Dam" site.

4. The Department of Fisheries and Oceans for the year 1986, issued Indian Food Fishing licences pursuant to the regulations under the Fisheries Act for both the Sheshaht and Opetchesaht Bands. The Indian Food Fish licences permitted fishing during the month of September 1986 on the following times and days:

1. 12:00 noon September 7, 1986 to 12:00 noon September 9, 1986;
2. 12:00 noon September 14, 1986 to 12:00 noon September 16, 1986;
3. 12:00 noon September 21, 1986 to 8:00 a.m. September 22, 1986.

The quota for Indian food fish that was allocated from the Department of Fisheries and Oceans to the Bands was 13,000 Chinook salmon. Attached to this agreement as Exhibit "A" is a copy of the Food Fish licence. Subsequent to the Indian food fishery, the Sheshaht and Opetchesaht Bands reported in May of 1987 to the Department of Fisheries and Oceans that approximately 19,800 pieces of Chinook salmon were caught. These figures are unverified by the Department of Fisheries and Oceans.

droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Avant le procès, les parties ont convenu des faits de l'infraction. Ces faits figurent dans l'exposé conjoint des faits qui a été déposé au procès. Les faits non contestés et pertinents à l'égard de la question en litige sont les suivants:

[TRADUCTION]

1. N.T.C. Smokehouse Ltd. est une personne morale dûment constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique et elle a été dûment autorisée durant l'année 1986 à exercer des activités de transformation alimentaire. L'usine de transformation de N.T.C. Smokehouse Ltd. est située près de Port Alberni, en Colombie-Britannique.

3. Les membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht ont traditionnellement pêché le saumon dans la rivière Somass avant l'arrivée des non-Indiens et, plus particulièrement, dans les eaux à marée, à l'emplacement du barrage de la papeterie.

4. Le ministère des Pêches et des Océans a délivré à la bande des Sheshaht et à celle des Opetchesaht, pour l'année 1986, des permis de pêche de subsistance des Indiens en application du règlement pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Les permis de pêche de subsistance des Indiens permettaient la pêche durant le mois de septembre 1986, aux heures et dates suivantes:

1. de 12 h le 7 septembre 1986 à 12 h le 9 septembre 1986;
2. de 12 h le 14 septembre 1986 à 12 h le 16 septembre 1986;
3. de 12 h le 21 septembre 1986 à 8 h le 22 septembre 1986.

Pour les bandes, le contingent fixé par le ministère des Pêches et des Océans à l'égard de la pêche de subsistance des Indiens était de 13 000 saumons quinnat. Figure à l'annexe A du présent exposé conjoint une copie du permis de pêche de subsistance. Après avoir ainsi exercé leur droit de pêche, la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht ont, en mai 1987, déclaré au ministère des Pêches et des Océans qu'environ 19 800 saumons quinnat avaient été pris. Ces chiffres n'ont pas été vérifiés par le ministère des Pêches et des Océans.

5. No other fishery was permitted on the Somass River or in the Port Alberni Inlet during the month of September 1986, including commercial fishing, except for a sports fishery which was closed on September 14, 1986 through November 30, 1986, pursuant to the Fisheries Act and Regulations.

9. N.T.C. Smokehouse Ltd. between September 7 and 23, 1986 purchased approximately 119,435 pounds of Chinook salmon, which fish were caught and sold during the period of September 7 to 23, 1986 by approximately 80 natives Indians representing approximately 65 members of the Sheshaht Band and 15 members of the Opetchesaht Band, from the tidal waters of the Somass River at the "Paper Mill Dam" site.

10. N.T.C. Smokehouse Ltd. between September 8, 1986 and October 24, 1986 sold approximately 105,302 pounds of the Chinook salmon which it had purchased as set out in paragraph 9.

11. The average price of the Chinook salmon purchased by N.T.C. Smokehouse Ltd. was \$1.15 per pound and the re-sale price of the said fish was approximately \$1.58 per pound. It is agreed that the fish subsequently were disposed of by N.T.C. Smokehouse Ltd. to Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. and Maranatha Seafoods Ltd.

13. There are no other Indian Bands or tribes other than the Sheshaht Band and the Opetchesaht Band who occupy lands adjacent to the Somass River or upstream from the Somass River and there are no other Indians who claim aboriginal rights to fish in the Somass River.

5. Aucune autre activité de pêche n'a été autorisée dans la rivière Somass ou dans le chenal de Port Alberni durant le mois de septembre 1986, y compris des activités de pêche commerciale, sauf pour la pêche sportive, qui a été fermée du 14 septembre 1986 au 30 novembre 1986, conformément à la *Loi sur les pêcheries* et au règlement d'application.

9. Entre le 7 et le 23 septembre 1986, N.T.C. Smokehouse Ltd. a acheté 119 435 livres de saumon quinnat qui a été pris et vendu durant la période du 7 au 23 septembre 1986 par environ 80 Indiens, soit quelque 65 membres de la bande de Sheshaht et 15 membres de la bande des Opetchesaht, dans les eaux à marée de la rivière Somass, à l'emplacement du barrage de la pape-terie.

10. Entre le 8 septembre et le 24 octobre 1986, N.T.C. Smokehouse Ltd. a vendu environ 105 302 livres de saumon quinnat qu'elle avait acheté de la manière indiquée au paragraphe 9.

11. Le prix moyen du saumon quinnat acheté par N.T.C. Smokehouse Ltd. s'est élevé à 1,15 \$ la livre et son prix de revente à environ 1,58 \$ la livre. Il est admis que le poisson a ensuite été vendu par N.T.C. Smokehouse Ltd. à Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. et Maranatha Seafoods Ltd.

13. Aucune autre bande ou tribu indienne, hormis la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht, n'occupe de terres adjacentes à la rivière Somass ou situées en amont de celle-ci, et aucun autre Indien ne revendique de droits de pêche ancestraux dans la rivière Somass.

35

At trial, in convicting the appellant for violating the *Fisheries Act*, MacLeod Prov. Ct. J.'s judgment centred on the issue of whether the Somass River was on the reserve; the appellant does not raise this ground before us. MacLeod Prov. Ct. J. also held that the evidence did not support the recognition of an aboriginal right to sell and barter fish. He found that over the past 200 years, the exchanges of fish in the Sheshaht and Opetchesaht communities were "few and far between".

Au procès, dans son jugement déclarant l'appelante coupable d'avoir enfreint la *Loi sur les pêcheries*, le juge MacLeod s'est attaché principalement à la question de savoir si la rivière Somass faisait partie de la réserve, argument que l'appelante n'a pas avancé devant notre Cour. Le juge MacLeod a aussi statué que la preuve ne justifiait pas la reconnaissance d'un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson. À son avis, au cours des 200 dernières années, les échanges de poisson ont été rares et espacés dans les communautés sheshaht et opetchesah.

On appeal to the County Court of Vancouver Island (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, Melvin Co. Ct. J. held that, although an aboriginal right to sell, trade or barter fish does exist in this case, the evidence did not show that the Sheshaht and Opetchesaht traded in fish in such a magnitude as to cover the purchases of the appellant. According to him, the convictions of the appellant were sustainable in any event because the Regulations were necessary for the proper management and conservation of the resource.

At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, Wallace J.A. (Taggart and Macfarlane J.J.A. concurring), for the majority, held that the appellant had not demonstrated the existence of an aboriginal right to sell fish. Since, in his view, the identification of whether pre-sovereignty aboriginal practices amount to a current aboriginal right is a question of fact, Wallace J.A. held that the position taken by the trial judge in this case should not be disturbed. In his concurring judgment, Hutcheon J.A. agreed that the Court of Appeal was bound by the trial judge's findings that the evidence did not support the recognition of an aboriginal right to sell fish.

Lambert J.A. dissented, holding that the trial judge committed an error of law in considering only the pre-contact practices of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. He concluded that the Sheshaht and Opetchesaht bands had an aboriginal right to sell, trade and barter fish in order to provide them with a "moderate livelihood".

Leave to appeal was granted by this Court ([1994] 1 S.C.R. ix) and the following two constitutional questions were formulated by the Chief Justice:

1. Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason

En appel devant la Cour de comté de l'île de Vancouver (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, le juge Melvin a décidé que, bien qu'il existe effectivement en l'espèce un droit ancestral de vendre ou d'échanger du poisson, la preuve n'a pas établi que les Sheshaht et les Opetchesaht faisaient le commerce du poisson à une échelle correspondant à l'ampleur des achats de l'appelante. D'après lui, les déclarations de culpabilité de l'appelante étaient de toute façon justifiées étant donné que le Règlement était nécessaire à la gestion et à la conservation judicieuses de la ressource.

En Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, le juge Wallace (avec l'appui des juges Taggart et Macfarlane), exprimant le point de vue de la majorité, a estimé que l'appelante n'avait pas prouvé l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson. Comme, à son avis, la question de savoir si des pratiques autochtones antérieures à la souveraineté constituent un droit ancestral aujourd'hui est une question de fait, le juge Wallace a statué qu'il n'y avait pas lieu de modifier la conclusion tirée par le juge du procès en l'espèce. Souscrivant à l'avis de son collègue, le juge Hutcheon a conclu que la Cour d'appel était liée par la conclusion du juge du procès selon laquelle la preuve n'appuyait pas la reconnaissance d'un droit ancestral de vendre du poisson.

Le juge Lambert, dissident, a statué que le juge du procès avait commis une erreur de droit en tenant compte seulement des pratiques des Sheshaht et des Opetchesaht avant le contact avec les Européens. Il a conclu que les Sheshaht et les Opetchesaht avaient le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson pour s'assurer une [TRANSDUCTION] «subsistance convenable».

Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi demandée ([1994] 1 R.C.S. ix) et les deux questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef:

1. Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitu-*

36

37

38

39

of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

2. Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

40

The particular question here is whether the historical evidence on the record supports the recognition of an existing aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes in light of the approach to defining the nature and extent of aboriginal rights that I set out in *Van der Peet*. As a preliminary matter, however, it is necessary to provide a general background by briefly reviewing the context of aboriginal claims under s. 35(1) as well as the *Sparrow* test, the approach to the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights, and the delineation of the aboriginal right claimed in this case.

I. General Background

41

At the outset, it is useful to note that this case is confined to the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The appellant has abandoned its claim that the *Sheshaht Band Fish By-Law*, SOR/82-471, applicable on the reserve, could constitute a defence to the offences under the Regulations. Further, there is no contention relating to aboriginal title or to treaty rights. The appellant simply argues that the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their ancestral lands — which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

42

The analytical framework for constitutional claims of aboriginal rights protection under s.

tionnelle de 1982, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

2. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

La question particulière qui se pose en l'espèce est de savoir si l'application de la méthode que j'ai énoncée dans *Van der Peet*, pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux, indique que la preuve historique figurant au dossier étaye la reconnaissance d'un droit ancestral existant de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Au départ, cependant, il est nécessaire d'exposer brièvement le contexte général de l'examen des revendications autochtones fondées sur le par. 35(1), ainsi que le critère énoncé dans *Sparrow*, la méthode à appliquer pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux et, enfin, la délimitation du droit ancestral revendiqué dans le présent cas.

I. Contexte général

Tout d'abord, il est utile de signaler que le présent pourvoi ne porte que sur la reconnaissance d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, l'appelante a abandonné son argument que le *Sheshaht Band Fish By-Law*, DORS/82-471, applicable dans la réserve, pouvait constituer un moyen de défense en cas d'infractions au Règlement. En outre, elle n'avance aucune prétention fondée sur un titre aborigène ou sur des droits issus de traités. L'appelante soutient simplement que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit de pêche ancestral — découlant de l'occupation et de l'utilisation historiques de leurs terres ancestrales — qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Le cadre d'analyse des demandes de nature constitutionnelle visant à obtenir la protection d'un

35(1) was set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In a nutshell, the *Sparrow* test includes three steps, namely: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and, (3) the justification of the infringement.

In the instant case, the issues relate only to the first step of the *Sparrow* test, dealing with the assessment and definition of aboriginal rights. Therefore, we must first determine the nature and extent of the Sheshaht and Opetchesaht peoples' aboriginal right to fish — i.e., whether it includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes — and then whether such right has been extinguished by a clear and plain intention of the Crown. If it becomes necessary to proceed to the questions of *prima facie* infringement and justification, the case should be sent back to trial because there is insufficient evidence to enable this Court to decide those issues.

As regards the approach to defining the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights, it is important to keep in mind the traditional and fundamental principles of interpretation relating to aboriginal law and to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which can be captured as follows. Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Further, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Finally, but most significantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be construed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to the aboriginal perspective on the meaning of the rights asserted. Again here, although the Chief Justice refers to these interpretative canons, he does

droit en tant que droit ancestral en vertu du par. 35(1) a été élaboré dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. En bref, le critère formulé dans cet arrêt comporte trois volets: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte.

Dans le présent cas, les questions en litige ne concernent que le premier volet du critère établi dans *Sparrow*, soit celui touchant l'évaluation et la définition des droits ancestraux. Par conséquent, il nous faut d'abord déterminer la nature et l'étendue du droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht — c'est-à-dire décider si ce droit inclut celui de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance — puis décider si Sa Majesté a manifesté l'intention claire et expresse de l'éteindre. S'il devient nécessaire d'aborder les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification, l'affaire devra être renvoyée au tribunal de première instance, car la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher ces questions.

Quant à la méthode qu'il convient d'appliquer pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution, il importe de tenir compte des principes traditionnels et fondamentaux d'interprétation relatifs au droit touchant les autochtones et au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui peuvent être exprimés dans les termes qui suivent. Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. En outre, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté vis-à-vis des peuples autochtones. Finalement, le dernier principe — mais aussi le plus important — est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés à la lumière de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits

not seem to apply them to his definition of the aboriginal right at hand.

45

In *Van der Peet, supra*, after a detailed review of the possible approaches to defining aboriginal rights under s. 35(1), I concluded that the “frozen right” approach focusing on aboriginal practices should not be adopted. Instead, the definition of aboriginal rights should be centred on the notion of “integral part of . . . distinctive [aboriginal] culture” and should “permit [the] evolution [of aboriginal rights] over time” (see *Sparrow, supra*, at pp. 1099 and 1093, respectively). I offered the following guidelines concerning this approach (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.]

The Chief Justice also uses the notion of “integral part of distinctive aboriginal culture” in his interpretation of the aboriginal right at bar. However, I cannot but distance myself from his approach which, unlike the one I favour, focuses on pre-contact individualized aboriginal practices.

revendiqués. Encore une fois, quoique le Juge en chef se réfère à ces règles d’interprétation, il ne semble pas les appliquer à sa définition du droit ancestral en cause.

Dans *Van der Peet*, précité, j’ai conclu, après un examen détaillé des différentes méthodes de définition des droits ancestraux visés au par. 35(1), que la méthode fondée sur les «droits figés», qui s’attache aux pratiques autochtones, ne devait pas être adoptée. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait être axée sur la notion de «partie intégrante [d’une] culture [autochtone] distinctive» et devrait «permettre [aux] droits d’évoluer avec le temps» (voir l’arrêt *Sparrow*, précité, aux pp. 1099 et 1093 respectivement). J’ai proposé les lignes directrices qui suivent au sujet de cette méthode d’interprétation (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.]

Le Juge en chef utilise aussi la notion de «partie intégrante d’une culture autochtone distinctive» dans son interprétation du droit ancestral en cause dans le présent pourvoi. Toutefois, je ne peux me rallier à son analyse qui, contrairement à celle que je favorise, s’attache aux pratiques autochtones particulières qui existaient avant le contact avec les Européens.

The next matter is the delineation of the aboriginal right claimed by the appellant in this case. At the British Columbia Court of Appeal, as in *Van der Peet, supra*, the majority framed the issue as being whether the Sheshaht and Opetchesaht possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. The Chief Justice also seems to favour this finding, although he only examines whether the bands benefit from an aboriginal right to exchange fish for money or other goods.

As I discussed in *Van der Peet*, case law on treaty and aboriginal rights relating to trade supports the making of a distinction between, on the one hand, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes and, on the other, the sale, trade and barter of fish for purely commercial purposes: see *Sparrow, supra*; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; and *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421 (Prov. Div.). Although I agree with the Chief Justice that the delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum, I diverge as to his conclusion to frame the aboriginal right here in terms of commercial fishing.

In my view, in light of the factual context, the contentions of the appellant and the legislative provisions under constitutional challenge, it appears that the aboriginal right at issue falls on the part of the spectrum relating to the sale, trade and barter of fish “for livelihood, support and sustenance purposes” (emphasis added), not on the part dealing with commercial activities (see *Van der Peet, supra*, para. 191).

First, the facts underlying the instant case do not sustain the Court of Appeal’s framing of the issue in terms of commercial fishing. The appellant, N.T.C. Smokehouse Inc., purchased approximately 119,435 pounds of chinook salmon which were caught and sold by approximately 80 natives of both the Sheshaht and Opetchesaht bands; there was no evidence presented by the Crown as to whether there were other transactions of that sort in 1986, the relevant year in this case. I note that, since an average chinook salmon (or king salmon)

La question suivante est la définition du droit ancestral revendiqué par l’appelante en l’espèce. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique à la majorité a, comme dans *Van der Peet*, précité, estimé que la question en litige était de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Le Juge en chef semble lui aussi préconiser cette conclusion, quoiqu’il limite son examen à la question de savoir si les bandes jouissent du droit ancestral d’échanger du poisson contre de l’argent ou d’autres biens.

Tel que mentionné dans *Van der Peet*, la jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités relatifs au commerce justifie que l’on fasse une distinction entre la vente et l’échange de poisson à des fins de subsistance d’une part, et la vente et l’échange de poisson à des fins purement commerciales d’autre part: voir *Sparrow*, précité; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; et *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421 (Div. prov.). Bien que je sois d’accord avec le Juge en chef que la délimitation des droits ancestraux doit être envisagée dans un continuum, je ne partage pas sa conclusion que le droit ancestral ici en cause doit être approché sous l’angle de la pêche commerciale.

À mon avis, à la lumière du contexte factuel, des prétentions de l’appelante et des dispositions législatives visées par la contestation constitutionnelle, il appert que le droit ancestral en litige correspond, sur ce continuum, à la vente et à l’échange de poisson «à des fins de subsistance» (je souligne), et non à des activités commerciales (voir *Van der Peet*, précité, par. 191).

Premièrement, les faits de l’espèce ne permettent pas, comme l’a fait la Cour d’appel, de formuler la question sous l’angle de la pêche commerciale. L’appelante, N.T.C. Smokehouse Inc., a acheté quelque 119 435 livres de saumon quinnat qui avait été pris et vendu par environ 80 autochtones appartenant aux bandes des Sheshaht et des Opetchesaht. Le ministère public n’a pas présenté de preuve indiquant qu’il y avait eu d’autres opérations de la sorte en 1986, année en cause en l’espèce. Je souligne que, comme un saumon quinnat

46

47

48

49

weighs 10 kilograms or 22 pounds (see *The New Encyclopaedia Britannica* (15th ed. 1990), vol. 6, at p. 873), the quantity of fish purchased represents approximately 5,425 chinook salmon, or 68 fish per person. Further, the quota allocated by the Department of Fisheries and Oceans to the two bands in respect of Indian food fish, pursuant to s. 27(1) of the Regulations, was 13,000 chinook salmon. Therefore, the amount of chinook salmon sold to the appellant represents approximately 40 percent of the Indian food fish permitted.

(ou saumon royal) pèse en moyenne 10 kilogrammes ou 22 livres (voir *The New Encyclopaedia Britannica* (15^e éd. 1990), vol. 6, à la p. 873), la quantité de poisson achetée représente environ 5 425 saumons quinnat, soit 68 poissons par personne. En outre, en 1986, le contingent annuel attribué par le ministère des Pêches et des Océans aux deux bandes au titre de la pêche de subsistance des Indiens, en vertu du par. 27(1) du Règlement, était de 13 000 saumons quinnat. Par conséquent, la quantité de saumons quinnat vendue à l'appelante représente environ 40 pour 100 du contingent autorisé au titre de la pêche de subsistance des Indiens calculé annuellement.

50

There is scanty evidence as to the purposes for which the members of the Sheshaht and Opetchesaht bands sold the fish to the appellant or as to the use that they were going to make of the money. Only Agnes Sam, a member of the Sheshaht Band who gave evidence at trial, testified that she sold the salmon to the appellant because she needed the money to buy jars to can fish and to buy little things for her grandchildren. From the overall evidence on the record, however, it appears reasonable to find that the transactions between the band members and the appellant were not, on the part of the natives, activities directed at providing an economic profit.

Il y a peu d'éléments de preuve en ce qui concerne les fins pour lesquelles les membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht ont vendu le poisson à l'appelante, ou l'utilisation qu'ils comptaient faire du produit de cette vente. Seule Agnes Sam, membre de la bande des Sheshaht qui a témoigné au procès, a dit qu'elle avait vendu le saumon à l'appelante parce qu'elle avait besoin d'argent pour se procurer des bocaux pour mettre le poisson en conserve et pour acheter des gâteries à ses petits-enfants. Toutefois, il semble raisonnable de conclure, à la lumière de l'ensemble de la preuve au dossier, que les opérations conclues par les membres des bandes et l'appelante n'étaient pas, pour ce qui concerne les autochtones, des activités destinées à réaliser des profits.

51

On average, every native sold about 68 chinook salmon, weighing 22 pounds each, at a price of \$1.15 per pound, for a total of approximately \$1720. I doubt that such transactions can be fairly labelled as purely commercial. Further, the Department of Fisheries and Oceans has considered that a quota of 13,000 chinook salmon was sufficient for the maintenance of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. In my view, selling approximately 40 percent of the quota allocated for food purposes does not amount to a commercial activity but constitutes an exchange of fish directed at providing livelihood, support and sustenance to band members and their families.

En moyenne, chaque autochtone a vendu environ 68 saumons quinnat pesant en moyenne 22 livres chacun, au prix de 1,15 \$ la livre, pour un total d'environ 1 720 \$. Je doute que de telles opérations puissent à juste titre être qualifiées de purement commerciales. De plus, le ministère des Pêches et des Océans a estimé qu'un contingent de 13 000 saumons quinnat était suffisant pour les besoins des Sheshaht et des Opetchesaht. À mon avis, le fait de vendre quelque 40 pour 100 du contingent attribué à des fins alimentaires n'équivaut pas à une activité commerciale, mais constitue plutôt un échange de poisson visant à assurer la subsistance des membres des bandes et de leur famille.

Second, the appellant did not argue in the courts below or before this Court that the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to fish for commercial purposes. The contentions were limited to the recognition of an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish, without more specification. I believe that the Court of Appeal misconceived the appellant's claim in framing the issue in terms of whether the bands have an aboriginal right to make commercial use of the fish.

Finally, the legislative provisions under constitutional challenge in this case are not directed only at commercial fishing; they prohibit both commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish. Section 4(5) of the Regulations forbids the sale, trade and barter of fish other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence. Section 27(5) of the Regulations forbids the sale, trade and barter of fish caught under the authority of an Indian food fish licence. In other words, these provisions prohibit any sale, trade or barter of fish, whether for livelihood, support and sustenance purposes or for purely commercial purposes. Therefore, the substance of the legislative provisions under constitutional scrutiny requires, on the facts giving rise to this case, that it be decided whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

Now that the *Sparrow* test under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* has been set out, along with the approach to defining the nature and extent of aboriginal rights, and the delineation of the aboriginal right claimed, I can turn to the issue at bar, namely the assessment and definition of the alleged existing aboriginal right (including extinguishment). In that respect, I will first review the evidence to determine whether the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the

Deuxièmement, l'appelante n'a pas soutenu devant les tribunaux inférieurs ni devant notre Cour que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Ses prétentions se sont limitées à la reconnaissance d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson, sans autre précision. Je crois que la Cour d'appel a mal interprété la position de l'appelante en posant la question en litige en termes de droit ancestral pour les bandes de faire une utilisation commerciale du poisson.

Enfin, les dispositions législatives mises en cause par la contestation constitutionnelle ne visent pas seulement la pêche commerciale. En effet, elles interdisent de vendre et d'échanger du poisson, et ce tant à des fins commerciales que non commerciales. Le paragraphe 4(5) du Règlement interdit de vendre et d'échanger du poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale. Le paragraphe 27(5) du Règlement interdit de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Autrement dit, ces dispositions interdisent complètement la vente ou l'échange de poisson, que ce soit à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales. En conséquence, à la lumière des faits à l'origine du présent cas, la substance des dispositions législatives qui font l'objet de l'examen constitutionnel commande de déterminer si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent effectivement un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Une fois établi le test de *Sparrow* relativement au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la méthode à suivre pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux et la délimitation du droit ancestral revendiqué, je peux maintenant aborder la question en litige, soit l'évaluation et la définition du droit ancestral existant allégué (y compris son extinction). À cet égard, je vais d'abord examiner la preuve pour déterminer si la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone dis-

Sheshaht and Opetchesaht's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

II. Definition of Aboriginal Rights

55

It is necessary here to look at the historical evidence to see whether the particular groups of aboriginal people, the Sheshaht and Opetchesaht bands, from whom the appellant purchased the salmon, have sold, traded and bartered fish for livelihood, support and sustenance purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time, enabling them to benefit from a constitutionally protected aboriginal right in that respect.

56

The trial judge considered the documentary and expert evidence on the Sheshaht and Opetchesaht peoples' practices, traditions and customs, and reached the following conclusions:

There's no doubt that the Sheshaht Band has the aboriginal rights to catch the fish returning in the area that they do fish. There is some evidence of barter exchange between the different bands and Mr. Inglis is unable to find any record of the selling of fish to the settlers. In 1882, the population of the Band totalled some 176. Its needs were easily accomplished in obtaining sufficient food. There is evidence that other foods were supplied.

I am satisfied that the Sheshaht Band has an aboriginal right to fish in the area, however, the evidence does not show to me that the Sheshahts in the period of their residence were sellers and barter[er]s of fish, and contrary, it appears that the Sheshaht over the past 200 years, what sales were made were few and far between. No doubt there were potlatches and meetings and exchanges of gifts of salmon, but these do not constitute an aboriginal right to sell the allotted fish contrary to the Regulations. [Emphasis added.]

tinctive des Sheshaht et des Opetchesaht pendant une période considérable et ininterrompue.

II. Définition des droits ancestraux

Il est nécessaire ici d'examiner la preuve historique pour voir si les groupes particuliers d'autochtones, en l'occurrence la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht, auprès de qui l'appelante a acheté le saumon, ont pratiqué la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance, d'une façon suffisamment importante et fondamentale pour leur organisation sociale et leur culture, et ce pendant une période considérable et ininterrompue, auquel cas ils bénéficient à cet égard d'un droit ancestral protégé par la Constitution.

Après avoir examiné la preuve documentaire et la preuve d'expert concernant les coutumes, pratiques et traditions des Sheshaht et des Opetchesaht, le juge du procès est arrivé aux conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de prendre le poisson qui remonte dans le secteur où elle pêche. Il y a certains éléments de preuve indiquant que les diverses bandes faisaient du troc, et M. Inglis est incapable de trouver quelque document attestant la vente de poisson aux colons. En 1882, la bande comptait quelque 176 membres. Elle trouvait suffisamment de nourriture pour subvenir facilement à ses besoins alimentaires. La preuve indique que d'autres denrées alimentaires étaient fournies.

Je suis convaincu que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de pêcher dans la région; toutefois, la preuve ne montre pas, à mon sens, que, durant la période où ils y habitaient, les Sheshaht ont pratiqué la vente ou le troc du poisson, mais au contraire, il semble que, dans le cas des Sheshaht au cours des 200 dernières années, les ventes ont été plutôt rares. Il ne fait aucun doute qu'il y avait des potlachs, mais ces occasions et autres réunions du genre où on s'échangeait du saumon en cadeau ne constituent pas un droit ancestral de vendre, en violation du Règlement, le poisson attribué aux intéressés. [Je souligne.]

On appeal, the County Court judge substantially revisited the evidence on the record and found that the Sheshaht and Opetchesaht peoples engaged in the sale, trade and barter of fish both prior to and after the coming of Europeans. He concluded, however, that the offending transactions at hand were commercial in nature and that the Regulations were necessary for the management and conservation of the fishery. He stated:

Consequently, there was evidence, albeit of a limited nature, before the learned Provincial Court Judge that the Band traded in fish.

The evidence in the case at bar, when one considers the magnitude of the sale to the appellant, in my opinion, it tends to lift the disposition to commercial proportions, rather than the disposition of fish for societal needs as touched on in *Sparrow v. R.*

In any event, I am satisfied that the regulations as they exist are necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest and as such are valid and enforceable and the appellant's argument fails. [Emphasis added.]

The majority of the British Columbia Court of Appeal was of the view that the test for identifying aboriginal rights was whether the manifestations of the distinctive aboriginal culture were unique to native culture as it existed at the time of British sovereignty. Wallace J.A., referring to his reasons in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, explained his position as follows (quoted from *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, at paras. 40-44):

In *Delgamuukw v. British Columbia* (the reasons for judgment are filed at this time), I set out in some detail the nature and scope of aboriginal rights as recognized by the common law. It may be convenient to refer again to pertinent passages from that decision:

At para. 389:

As previously noted, aboriginal peoples are accorded by the adjusted common law additional or special aboriginal rights over and above the rights enjoyed by all citizens of Canada. What then makes

En appel, le juge de la Cour de comté a réexaminé à fond la preuve au dossier et statué que les Sheshaht et les Opetchesaht avaient pratiqué la vente et l'échange de poisson tant avant qu'après l'arrivée des Européens. Il a toutefois conclu que les opérations reprochées étaient de nature commerciale et que le Règlement était nécessaire à la gestion et à la conservation des ressources halieutiques. Il a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Par conséquent, le juge de la Cour provinciale disposait d'éléments de preuve, quoique limités, montrant que la bande faisait le commerce du poisson.

Compte tenu de l'ampleur de la vente à l'appelante, je suis d'avis que la preuve dans la présente affaire, tend à faire de cette vente une opération d'envergure commerciale, plutôt qu'une simple disposition à des fins sociales, aspect qui a été abordé dans *Sparrow c. La Reine*.

Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que le règlement, tel qu'il existe, est soit nécessaire soit pour assurer une gestion et une conservation judicieuses de la ressource, soit dans l'intérêt public, et, à ce titre, il est valide et exécutoire; l'argument de l'appelante ne peut donc être retenu. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a dit être d'avis que le critère à appliquer pour identifier les droits ancestraux consiste à se demander si les manifestations de la culture autochtone distinctive étaient propres à cette culture, telle qu'elle existait au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique. Se reportant à ses motifs dans l'affaire *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, le juge Wallace a expliqué ainsi sa position (motifs publiés dans *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, aux par. 40 à 44):

[TRADUCTION] Dans *Delgamuukw c. British Columbia* (les motifs du jugement ont été déposés), j'ai énoncé de façon assez détaillée la nature et la portée des droits ancestraux reconnus par la common law. Il peut être utile de se référer de nouveau aux passages pertinents de cette décision:

Au par 389:

Comme il a été souligné précédemment, la common law modifiée accordée aux peuples autochtones des droits additionnels ou spéciaux, en sus de ceux dont jouissent tous les autres citoyens du Canada.

these rights “aboriginal” and distinguishes them from the other rights which the aboriginal people enjoy along with other residents of British Columbia?

Further, at para. 392:

It is the traditional practices and ways of the aboriginal people associated with this occupation which attract common law protection. In *Sparrow* at p. 1099, Dickson C.J. and La Forest J. said the protection of aboriginal rights extended to those practices which were “an integral part of their distinctive culture”. This feature of aboriginal rights imports an historical dimension, which requires that the practices receiving protection be part and parcel of the pre-sovereignty aboriginal society.

Further, at para. 393:

Thus, aboriginal rights are intimately connected to pre-sovereignty aboriginal practices. They are site and activity specific and their existence turns on the particular facts of each case: *R. v. Kruger*, [1978] 1 S.C.R. 104 at 109. For example, while the netting of fish in a certain location in a certain way might well constitute the exercise of an aboriginal right, the same activity under different circumstances might not be so characterized. The precise character of an aboriginal right turns on the nature of the activity, the site at which the activity takes place, and the activity’s connection to the particular aboriginal community’s traditional way of life.

These passages reflect the principles of the common law which determine the criteria which activities must satisfy in order to constitute aboriginal rights. [Emphasis added.]

The majority held that the pre-sovereignty aboriginal practices were questions of fact and that the trial judge’s findings should not be overturned.

Qu’est-ce qui fait de ces droits des droits «ancestraux» et qui les distingue des autres droits dont jouissent les autochtones à l’instar des autres habitants de la Colombie-Britannique?

Puis, au par. 392:

Ce sont les pratiques et coutumes traditionnelles des autochtones qui se rattachent à cette occupation qui bénéficient de la protection de la common law. Dans *Sparrow*, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dit que la protection des droits ancestraux s’étendait aux pratiques qui font «partie intégrante de la culture distinctive». Cette caractéristique des droits ancestraux évoque une dimension historique, qui exige que les pratiques qui bénéficient de la protection aient fait partie intégrante de la société autochtone avant l’affirmation de la souveraineté.

Et au par 393:

Aussi les droits ancestraux sont-ils intimement liés aux pratiques autochtones antérieures à la souveraineté. Ils sont propres à un lieu et à une activité donnés, et leur existence dépend des faits particuliers de chaque cas: *R. c. Kruger*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 109. Par exemple, la pêche au filet à un certain endroit et d’une certaine manière peut fort bien constituer l’exercice d’un droit ancestral, alors que la même activité, pratiquée dans d’autres circonstances, ne serait pas qualifiée de la sorte. Le caractère précis d’un droit ancestral dépend de la nature de l’activité, du lieu où elle est exercée et du lien de cette activité avec le mode de vie traditionnel de la collectivité autochtone en cause.

Ces passages traduisent les principes de la common law qui déterminent les critères auxquels doivent satisfaire les activités pour constituer des droits ancestraux. [Je souligne.]

Les juges de la majorité ont statué que les pratiques autochtones antérieures à l’affirmation de la souveraineté étaient des questions de fait et que les conclusions du juge du procès ne devaient pas être modifiées.

Le juge Lambert, dissident, s’est référé à ses motifs dans *Van der Peet*, et il a appliqué une forme «sociale» de description des droits ancestraux n’ayant pas pour effet de «figer» les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Après avoir étudié la preuve présentée au procès, il a conclu ainsi (*N.T.C. Smokehouse Ltd.*, précité, au par. 159):

⁵⁹ Lambert J.A., dissenting, referred to his reasons in *Van der Peet*, and used a “social” form of description of aboriginal rights, which does not “freeze” in time aboriginal practices, traditions and customs. After reviewing the evidence presented at trial, he concluded (*N.T.C. Smokehouse Ltd.*, *supra*, at para. 159):

For these reasons I conclude that the best description of the aboriginal customs, traditions and practices of the Sheshaht and Opetchesaht peoples in relation to the chinook salmon run on the Somass River is that their customs, traditions and practices have given rise to an aboriginal right, to be exercised in accordance with their rights of self-regulation, including recognition of the need for conservation, to catch, and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sheshaht and Opetchesaht peoples, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood and, in any event, not less than the quantity of salmon needed to provide every one of the collective holders of the aboriginal right with the same amount of salmon per person per year as would have been consumed or otherwise utilized by each of the collective holders of the right, on average, from a comparable year's salmon run, in, say, 1800. [Italics in original; emphasis added.]

This review shows that the findings of fact relating to whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish rest on a mischaracterization of the aboriginal right claimed, a misconception of the proper approach to the interpretation of the nature and extent of such rights, as well as a confusion on the threefold test propounded in *Sparrow, supra*.

The trial judge erred, in my view, in formulating the question in terms of commercial fishing, in looking at the particular practices unique to the Sheshaht and Opetchesaht in order to define the right at stake, and in considering whether the Regulations were justifiable when assessing the aboriginal right at stake. Similarly, the County Court judge mischaracterized the issue and confused the definition step with the justification step of the *Sparrow* test. The majority of the British Columbia Court of Appeal was also in error in framing the issue as being whether an aboriginal right to fish commercially existed and in using a "frozen right" approach focusing on individualized

[TRADUCTION] *Pour ces motifs, je conclus que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sheshaht et des Opetchesaht relativement à la remonte de saumon quinnat dans la rivière Somass est de dire que leurs coutumes, pratiques et traditions ont donné naissance à un droit ancestral, qui doit être exercé conformément à leurs droits à l'autoréglementation, y compris la reconnaissance des besoins de conservation, de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sheshaht et Opetchesaht suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui veulent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable; la quantité de saumon ne devant pas, quoi qu'il en soit, être inférieure à la quantité requise pour fournir à chacun des détenteurs à titre collectif du droit ancestral la même quantité annuelle de saumon par personne que ces derniers auraient pu consommer ou utiliser par ailleurs, en moyenne, lors d'une remonte annuelle comparable de saumon, disons en 1800. [En italique dans l'original; je souligne.]*

Cet examen montre que les conclusions de fait sur la question de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson découlent d'une caractérisation erronée du droit ancestral revendiqué, d'une mauvaise interprétation de la méthode qu'il convient de suivre pour définir la nature et l'étendue d'un tel droit et d'une confusion dans l'application du critère à trois volets établi dans *Sparrow*, précité.

Le juge du procès a commis une erreur, à mon sens, en formulant la question sous l'angle de la pêche commerciale, en examinant les pratiques particulières propres aux Sheshaht et aux Opetchesaht pour définir le droit en cause et en se demandant, dans l'évaluation du droit ancestral en cause, si le Règlement était justifiable. De même, le juge de la Cour de comté a mal caractérisé la question en litige et confondu le volet concernant la définition et celui concernant la justification prévus par le critère établi dans *Sparrow*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a aussi commis une erreur en considérant que la question était de savoir s'il existait un droit ancestral de pêcher commercialement et en appliquant, pour définir la nature et l'étendue du droit ancestral, une méthode

60

61

native practices in order to define the nature and extent of the aboriginal right.

fondée sur les «droits figés» et axée sur l'existence de pratiques autochtones propres.

62 As I have noted at the outset, the issue in the present appeal is whether the Sheshaht and Opetchesah't's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The nature and extent of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* must, in my view, be defined by referring to the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture", i.e., whether an aboriginal practice, tradition or custom has been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time.

Comme je l'ai signalé au départ, la question dans le présent pourvoi est de savoir si le droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesah't inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. À mon avis, la nature et l'étendue des droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doivent être définies au moyen de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», c'est-à-dire qu'il faut déterminer si une coutume, une pratique ou une tradition autochtone a été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue.

63 As a consequence, when the trial judge examined the historical evidence presented at trial, he asked himself the wrong questions and thus made no useful finding of fact on the Sheshaht and Opetchesah't's distinctive aboriginal culture regarding the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. These palpable and overriding errors, which affected the trial judge's assessment of the fact, confer on an appellate court the right to intervene and to substitute its own findings of fact: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; see also *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; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377.

En conséquence, lorsque le juge du procès a examiné la preuve historique présentée, il s'est posé les mauvaises questions et il n'en a ainsi tiré aucune conclusion de fait utile sur la culture autochtone distinctive des Sheshaht et des Opetchesah't en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé son appréciation des faits, confèrent à une cour d'appel le droit d'intervenir et de substituer son appréciation de la preuve à celle du juge du procès: voir *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *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; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377.

64 As well, it is noteworthy that this Court, as a subsequent appellate court in such circumstances, does not have to show any deference to the assessment of the evidence made by lower appellate courts and, therefore, is free to reconsider the evidence and substitute its own findings of fact: see

En outre, il importe d'indiquer que notre Cour, en tant que juridiction d'appel subséquente dans de telles circonstances, n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par les juridictions d'appel inférieures, et que, par conséquent, elle est libre de réexaminer la preuve et de substituer ses propres conclusions de fait à celles déjà tirées: voir *Schwartz c. Canada*, [1996]

Schwartz v. Canada, [1996] 1 S.C.R. 254, at paras. 36-37. This is the task to which I now turn.

Does the evidence reveal that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the Sheshaht and Opetchesaht peoples' distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time?

The Sheshaht and Opetchesaht are Nuu-chah-nulth tribes which occupy the West Coast of Vancouver Island. The Somass River fishery was and still is an integral part of their culture, economy and society. The Sheshaht traditional fishery occurred at all accessible locations in the lower Somass from the estuary to the river forks. Upstream fishing areas beyond this place were for the use of the neighbouring Opetchesaht under an agreement made between the two tribes. Today the Sheshaht and the Opetchesaht share the fishing grounds near the mouth of the river and cooperate in many ways.

The Somass River is a highly productive salmon fishing river known for the quality of the fish it supplies. It has major runs of three pacific salmon species: the sockeye, the chinook and, less importantly, the coho. According to their own account and to the available historic and ethnographic evidence, the Sheshaht and Opetchesaht peoples have continuously utilized the Somass River salmon runs as their major source of winter food production since at least the beginning of the nineteenth century. See the report of Patricia A. Berringer, an anthropologist and archival researcher called by the appellant to give expert opinion evidence with respect to the traditional and modern utilization of the Somass River fishery.

The Sheshaht and Opetchesaht traditionally relied on Somass River salmon for their principal supplies of storage foods. After the catch was smoke dried it was packed and bundled for transport back to the winter villages. Supplies piled

1 R.C.S. 254, aux par. 36 et 37. C'est la tâche à laquelle je vais maintenant m'attaquer.

La preuve révèle-t-elle que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sheshaht et des Opetchesaht pendant une période considérable et ininterrompue?

Les Sheshaht et les Opetchesaht sont des tribus Nuu-chah-nulth qui occupent la côte ouest de l'île de Vancouver. La pêche dans la rivière Somass faisait et fait encore partie intégrante de leur culture, de leur économie et de leur société. Les Sheshaht ont traditionnellement pêché à tous les points accessibles du cours inférieur de la rivière Somass, de l'estuaire au confluent de cette rivière. Les secteurs de pêche en amont de ces points étaient utilisés par les Opetchesaht, conformément à une entente conclue entre les deux tribus. De nos jours, la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht partagent les secteurs de pêche situés près de l'embouchure de la rivière et coopèrent de plusieurs façons.

La rivière Somass est une rivière où foisonne le saumon et qui est renommée pour la qualité du poisson qu'on y pêche. Elle est le lieu d'importantes remontes de trois espèces de saumon du Pacifique: le sockeye, le quinnat et, dans une moindre mesure, le coho. Selon leurs propres dires et la preuve de nature historique et ethnographique disponible, les Sheshaht et les Opetchesaht ont utilisé de façon ininterrompue les remontes de saumon de la rivière Somass comme principale source de provisions pour l'hiver depuis le début du XIX^e siècle au moins. Voir le rapport de Patricia A. Berringer, anthropologue et chercheur en archivistique qui a été assignée par l'appelante pour déposer à titre de témoin expert au sujet de l'utilisation traditionnelle et contemporaine des ressources de la pêcherie dans la rivière Somass.

Les Sheshaht et les Opetchesaht ont compté traditionnellement sur le saumon de la rivière Somass comme principale source d'aliments de stockage. Après avoir été fumés, les saumons étaient tassés en paquets en vue de leur transport vers les vil-

65

66

67

68

high were loaded onto cedar plank platforms supported between large dugout canoes. Sufficient quantities were needed both to meet winter food requirements and to provide dried salmon for the winter feasts and ceremonies. Cured salmon and sea foods were also used for purposes of trade and barter among themselves and with neighbouring tribes.

lages d'hiver. Les stocks étaient empilés haut sur des plates-formes de cèdre reposant sur de grandes pirogues monoxyles. Il fallait en emporter des quantités suffisantes pour répondre aux besoins alimentaires pendant l'hiver et pour fournir le saumon séché destiné aux fêtes et cérémonies organisées durant cette période. Le saumon et les fruits de mer séchés étaient aussi utilisés à des fins d'échange entre les membres de la bande eux-mêmes et entre ces derniers et les tribus voisines.

69

In Sheshaht and Opetchesahht communities, salmon was consumed for sustenance, ceremonial and social purposes. Salmon was also an article of trade which was used to provide for livelihood, support and sustenance. Richard Ian Inglis, an expert in anthropology and curator of the Provincial Museum called by the appellant to give expert opinion evidence on the trade relations of West Coast people, testified that trade in salmon occurred among Sheshaht and Opetchesahht as well as with other native people:

Dans les communautés sheshaht et opetchesahht, le saumon était utilisé à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Il était également une monnaie d'échange utilisée à des fins de subsistance. Richard Ian Inglis, spécialiste de l'anthropologie et conservateur du Provincial Museum qui a été cité par l'appelante afin de déposer à titre d'expert sur les rapports commerciaux des peuples de la côte Ouest, a témoigné que le saumon était utilisé dans le cadre d'échanges au sein des Sheshaht et des Opetchesahht ainsi qu'entre ces bandes et d'autres autochtones:

[TRANSDUCTION]

Q. Now, in your observations of the Sheshaht people, and with your knowledge of the traditions of these peoples, can you describe certain situations in which salmon would have been traded or bartered, or sold. Just give the court examples of that.

Q. Pouvez-vous maintenant, d'après vos observations des Sheshaht et ce que vous savez de leurs traditions, décrire certaines situations où le saumon aurait été échangé ou troqué, ou vendu. Donnez seulement des exemples à la cour.

A. Aboriginally salmon was traded between groups. It was traded to peoples who had territories that did not have salmon rivers. It was given out as a major food-stuff in potlatches to visiting groups. Salmon in the rivers, Native people have a very different system of evaluating salmon, and I have been told a number of times about the salmon from this particular creek, or this particular river, or particular run, being better and better tasting than other types of salmon. And that is — this is repeated over and over again amongst other coastal groups as well. Salmon was sold to the first fur traders that came into the region. It was sold to early settlers, to early store owners. It was sold to traders, starting at least in the 1840s, probably through many of the decades of the 1800s to independent traders coming on the coast and then taking the salmon to Fort Victoria and then transhipped to Hawaii. Salmon was sold to the canneries and formed a major — a major part of the wage

R. À l'origine, le saumon a fait l'objet d'échanges entre les groupes. Il était échangé aux peuples dont les territoires étaient dépourvus de rivières à saumon. Il était offert aux groupes en visite comme aliment important lors de potlatches. Pour ce qui est du saumon des rivières, les autochtones ont un système très différent pour juger de la valeur du saumon, on m'a souvent dit que le saumon de tel ou tel ruisseau, ou de telle rivière, ou de telle remonte, était supérieur et avait meilleur goût que celui d'autres lieux. Et cela — c'est la même chose qu'on entend très souvent chez d'autres groupes de la côte. On a vendu du saumon aux premiers marchands de pelleteries qui sont venus dans la région. On en a vendu aux premiers colons, aux premiers propriétaires de magasin. On a vendu du saumon aux marchands, à partir au moins des années 1840, probablement durant plusieurs décennies dans les années 1800 aux marchands indépendants qui venaient sur la côte, ramenaient le sau-

earning ability of the Native people. Throughout this period salmon has always been traded, or has always been exchanged between Native groups and given out at ceremonies and served at feasts to visiting groups, and also provided to members of the community who have moved away. That is family, friends. The salmon has been traded with those people, as well, and provided, as a family obligation. [Emphasis added.]

Likewise, Berringer reported that, although there was no formalized market system of trade of salmon in the Sheshaht and Opetchesaht societies, exchanges of fish were part of their distinctive aboriginal culture:

The reciprocal nature of traditional exchange systems mark them as essentially different from "market systems" in which a "surplus" is sold. Typically the Sheshaht and other Nuu-chah-nulth tribes entered into systems of exchange within a regional social network, that is, with local groups related by marriage and other ties of kinship, or with tribes with whom marriage ties are sought. As articles of food and wealth are exchanged, the bonds of social and political relations are strengthened. [Emphasis added.]

Finally, it appears that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance among the Sheshaht and Opetchesaht peoples and with their neighbours remain distinctive aboriginal activities today. The expert witness Richard Ian Inglis testified at trial on the contemporary exchanges of salmon by band members:

Q. Today what trade exists in the community?

A. Salmon is the major food stuff that is obtained from the landscape and is provided to non-members of the community who are not residents in the community. It is exchanged in Native ceremonies, such as

mon à Fort Victoria, puis le transbordaient sur des navires à destination d'Hawaii. Le saumon était vendu aux conserveries et représentait un important — un élément important de la capacité des autochtones de gagner leur vie. Pendant toute cette période, le saumon a fait l'objet d'échanges, notamment entre les groupes autochtones, en plus d'être donné lors des cérémonies et servi aux groupes en visite à l'occasion de banquets, on en remettait aussi aux membres de la collectivité qui s'étaient installés ailleurs. C'est-à-dire à des parents, à des amis. Le saumon servait également aux échanges avec ces personnes, et il était fourni à titre d'obligation familiale. [Je souligne.]

Patricia A. Berringer a elle aussi déclaré que, même s'il n'existait pas de système de marché structuré pour le commerce du saumon dans les sociétés sheshaht et opetchesah, les échanges de poisson faisaient partie de leur culture autochtone distinctive:

[TRADUCTION] La nature réciproque des systèmes d'échange traditionnels témoigne de leur caractère essentiellement différent des «systèmes de marché» dans lesquels tout «excédent» est vendu. Généralement, les Sheshaht et les autres tribus Nuu-chah-nulth participaient à des systèmes d'échange au sein d'un réseau social régional, c'est-à-dire avec des groupes locaux auxquels ils étaient rattachés par des liens matrimoniaux ou par d'autres liens de parenté, ou avec des tribus avec lesquelles ils souhaitaient contracter des mariages. L'échange de denrées alimentaires et d'autres articles de valeur renforce les liens sociaux et politiques. [Je souligne.]

Enfin, il semble que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance entre les Sheshaht et les Opetchesaht et entre ceux-ci et leurs voisins sont encore aujourd'hui des activités autochtones distinctives. Au procès, le témoin expert Richard Ian Inglis a déposé au sujet des échanges de saumon qui sont pratiqués aujourd'hui par les membres des bandes:

[TRADUCTION]

Q. Aujourd'hui, quelles sortes d'échanges sont pratiqués dans la collectivité?

R. Le saumon est la principale denrée alimentaire tirée de la nature et il est fourni à des personnes qui ne font pas partie de la collectivité et qui ne résident pas dans la collectivité. Il est échangé au cours de céré-

potlatches where salmon is presented and given out to other groups as well. [Emphasis added.]

monies, tels que les potlachs, où le saumon est également offert et donné à d'autres groupes. [Je souligne.]

72 The foregoing review of the historical evidence on the record reveals that there was trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes among the Sheshaht and Opetchesaht and with other native people both prior to and after the arrival of Europeans. It appears also, especially from a native perspective, that these activities formed part of their distinctive aboriginal culture. Put another way, the evidence shows that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sheshaht and Opetchesaht bands. Consequently, the criterion regarding the characteristics of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met in this case.

Il ressort de cet examen de la preuve historique au dossier que le saumon était échangé à des fins de subsistance au sein des Sheshaht et des Opetchesaht et entre ces bandes et d'autres peuples autochtones, et ce tant avant qu'après l'arrivée des Européens. Il semble aussi, en particulier du point de vue des autochtones, que ces activités faisaient partie de leur culture autochtone distinctive. Autrement dit, la preuve montre que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance avaient un caractère suffisamment important et fondamental pour l'organisation sociale et la culture des Sheshaht et des Opetchesaht. En conséquence, le critère concernant les caractéristiques des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est satisfait en l'espèce.

73 As well, the evidence shows that the Sheshaht and Opetchesaht peoples have sold, traded and bartered fish for livelihood, support and sustenance purposes for a substantial continuous period of time. In that regard, we must consider the type of aboriginal practices, traditions and customs, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years (see *Van der Peet, supra*, at para. 177). Here, both Inglis and Berringer testified at trial that trade and exchange of salmon existed in Sheshaht and Opetchesaht communities long before the first settlers came to British Columbia. Further, no doubt trading activities have changed, evolved and modernized over the past decades and that selling chinook salmon to a food processing corporation is far from the traditional exchanges of salmon among natives. However, since aboriginal rights are not "frozen" in time and that the aboriginal practices, traditions and customs in question have existed for centuries, the time requirement for the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) is also met.

De plus, la preuve démontre que les Sheshaht et Opetchesaht ont vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance pendant une période considérable et ininterrompue. À cet égard, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture particulière de la société autochtone visée et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans (voir *Van der Peet*, précité, au par. 177). En l'espèce, Richard Ian Inglis et Patricia A. Berringer ont tous deux témoigné au procès que le saumon a fait l'objet d'échanges dans les collectivités sheshaht et opetchesaht longtemps avant l'arrivée des premiers colons en Colombie-Britannique. En outre, il ne fait aucun doute que ces activités ont changé, ont évolué et se sont modernisées au cours des dernières décennies, et que la vente de saumon quinnat à une entreprise de transformation alimentaire est une activité bien différente des échanges traditionnels de saumon entre autochtones. Toutefois, comme les droits ancestraux ne sont pas «figés» dans le temps et que les coutumes, pratiques et traditions en question existent depuis des siècles, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1) est également satisfaite.

As a result, I am of the view that the Sheshaht and Opetchesaht peoples, from whom the appellant purchased the fish, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, which is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The next step in assessing and defining an existing aboriginal right is the question of extinguishment, to which I now turn.

III. Extinguishment

In *Sparrow, supra*, the Crown's main argument was that the Musqueam Band's aboriginal right to fish had been extinguished by regulations enacted pursuant to the *Fisheries Act*. This Court explained that the regulation of an aboriginal activity must not be confused with its extinguishment. In accordance with a well-established line of cases on aboriginal matters (see *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; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; and *Horseman, supra*), Dickson C.J. and La Forest J. set the hurdle to extinguish aboriginal rights quite high (at p. 1099):

The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right. [Emphasis added.]

In that case, the Court concluded that the Crown failed to discharge its burden because the *Fisheries Act* and its regulations did not demonstrate a clear and plain intention to extinguish the Musqueam's aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes.

In the instant case, the respondent argues that the test is met when the aboriginal right and the activities contemplated by the legislation cannot co-exist. It is suggested that the American standard adopted in *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941), at p. 347, where the United States Supreme Court held that extin-

En conséquence, je suis d'avis que les Sheshaht et les Opetchesaht, auprès de qui l'appelante a acheté le poisson, possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, droit qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'étape suivante dans l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant est la question de l'extinction, que je vais maintenant aborder.

III. Extinction

Dans *Sparrow*, précité, le principal argument du ministère public était que le droit de pêche ancestral de la bande des Musqueams avait été éteint par des règlements adoptés en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Notre Cour a expliqué qu'il ne faut pas confondre la réglementation d'une activité autochtone et son extinction. Conformément à un courant jurisprudentiel bien établi en ce qui a trait aux questions autochtones (voir les arrêts *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; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; et *Horseman*, précité), le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fixé un critère très exigeant en matière d'extinction des droits ancestraux (à la p. 1099):

Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse. [Je souligne.]

Dans cette affaire, notre Cour a conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait, car la *Loi sur les pêcheries* et son règlement d'application ne faisaient état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

En l'espèce, l'intimée soutient que le critère est satisfait dans les cas où le droit ancestral et les activités visées par la législation ne peuvent pas coexister. Elle prétend que dans l'application, au Canada, du critère de «l'intention claire et expresse» il faut s'inspirer de la norme américaine adoptée dans l'arrêt *United States c. Santa Fe*

74

75

76

guishment occurred “by the exercise of complete dominion adverse to the right of occupancy”, should inform the “clear and plain intention” test in Canada.

77 The respondent refers to the legislative history of the statutes and regulations applicable to the fishery in British Columbia and submits that the government intended thereby to extinguish aboriginal rights to sell, trade or barter fish. Contrary to the situation in *Sparrow, supra*, it is argued that the regulations in this case are part of a scheme which has for many years prohibited the sale, trade and barter of fish except by those to whom a licence has been issued for that purpose. Put another way, the respondent submits that it has been the intention of the government to allow no trade in salmon with the exception of those persons, both aboriginal and non-aboriginal, who have been duly authorized.

78 I am prepared to accept that the extinguishment of aboriginal rights can be accomplished through a series of legislative acts. However, *Sparrow* specifically stands for the proposition that the intention to extinguish must nonetheless be clear and plain. This is diametrically opposed to the position that extinguishment may be achieved by merely regulating an activity or that legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of an aboriginal right can be deemed to extinguish it. Clear and plain means that the government must address the aboriginal activities in question and explicitly extinguish them by making them no longer permissible.

79 Here, the legislation relied upon by the respondent is insufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter for livelihood, support and sustenance purposes. The statutes and regulations do not address aboriginal fishing in any way that demonstrates an intention to abolish aboriginal interest in the fishery. In fact, the legislation referred to does not differ in any significant manner from the legislation which was before this Court in *Sparrow, supra*. The regulations have required those who want to sell, trade and barter

Pacific Railroad Co., 314 U.S. 339 (1941), à la p. 347, où la Cour suprême des États-Unis a décidé que l’extinction s’opérait [TRADUCTION] «par l’exercice d’une suprématie complète, incompatible avec l’existence d’un droit d’occupation».

L’intimée renvoie à l’historique de la législation et de la réglementation applicables à la pêche en Colombie-Britannique et soutient que le gouvernement entendait, par ces textes, éteindre le droit ancestral de vendre et d’échanger du poisson. L’intimée prétend que, contrairement à la situation dans *Sparrow*, précité, les dispositions réglementaires en litige dans le présent cas font partie d’un régime qui, depuis bon nombre d’années, interdit à quiconque de vendre et d’échanger du poisson, sauf aux titulaires de permis délivrés à cette fin. Autrement dit, l’intimée affirme que l’intention du gouvernement est d’interdire l’exercice de ces activités en ce qui concerne le saumon, sauf par les personnes — autochtones et non autochtones — dûment autorisées.

Je suis disposée à admettre que l’extinction des droits ancestraux peut résulter d’une série de mesures législatives. Néanmoins, *Sparrow* prévoit spécifiquement que l’intention d’éteindre des droits doit être claire et expresse, ce qui va diamétralement à l’encontre de la thèse que l’extinction peut découler du seul fait de la réglementation d’une activité ou du fait de l’existence d’une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue d’un droit ancestral. L’expression claire et expresse veut dire que le gouvernement doit viser les activités autochtones en question et les éteindre explicitement en interdisant désormais l’exercice.

En l’espèce, les mesures législatives invoquées par l’intimée sont insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d’échanger du poisson à des fins de subsistance. Les lois et les règlements ne visent pas la pêche autochtone d’une manière qui démontre l’intention d’abolir l’intérêt des autochtones en ce qui concerne la pêche. De fait, ces mesures législatives ne diffèrent sous aucun aspect important de celles que devait examiner notre Cour dans *Sparrow*, précité. Les mesures réglementaires obligent ceux qui veulent vendre et

fish to obtain a licence issued by the Department of Fisheries and Oceans and they have also regulated the times, places, manners and quantities of fish that can be taken for these purposes. This is not extinguishment; it is the regulation of aboriginal activities.

As a consequence, I conclude that the Sheshaht and Opetchesaht peoples' right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes and, further, that this is an existing aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* as it was not extinguished by a clear and plain intention of the Sovereign.

IV. Disposition

In the result, I would allow the appeal on the question of whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The issues of *prima facie* infringement and justification must be remitted to trial since there is insufficient evidence to enable this Court to decide upon them. Consequently, the constitutional questions can only be answered partially:

Question 1: Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in

échanger du poisson à obtenir un permis délivré par le ministère des Pêches et des Océans, en plus de fixer les dates, lieux, méthodes de pêche et quantités de poisson qui peuvent être prises pour les fins prévues. Il ne s'agit pas là d'un cas d'extinction, mais plutôt de réglementation d'activités autochtones.

En conséquence, je conclus que le droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et, en outre, qu'il s'agit d'un droit ancestral existant visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car il n'a pas été éteint par une intention claire et expresse de Sa Majesté.

IV. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce qui est de la question de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification doivent être renvoyées à la juridiction de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celles-ci. En conséquence, il est uniquement possible de répondre en partie aux questions constitutionnelles:

Question 1: Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelante sont reconnus, et la réponse à la question de savoir si le par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la pré-

the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

Question 2: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the 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 the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

82 There will be no costs to either party.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

Introduction

83 This is an appeal from a conviction of N.T.C. Smokehouse Ltd., a corporation which operates a fish processing plant in British Columbia. The appellant was convicted on the charge of selling fish without a commercial fishing licence contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and of selling fish caught pursuant to an Indian food fish permit, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery*

sente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées, au cours d'un nouveau procès, les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification.

Question 2: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelante sont reconnus, et la réponse à la question de savoir si le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées, au cours d'un nouveau procès, les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification.

Le tout sans frais.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

Introduction

Il s'agit d'un pourvoi contre la déclaration de culpabilité prononcée à l'endroit de N.T.C. Smokehouse Ltd., société qui exploite une usine de transformation du poisson en Colombie-Britannique. L'appelante a été déclarée coupable d'avoir vendu du poisson sans détenir un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir vendu du

(General) Regulations. The appellant raises the defence that the fish in question were purchased from members of the Sheshaht and Opetchesaht bands, who possess an aboriginal right to sell fish caught from the Somass River.

The sole question to be decided by this appeal is whether these Regulations, as they apply in the circumstances of this case, violate the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to sell fish caught in the Somass River contrary to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. If so, the Regulations are invalid to the extent of the conflict, as per s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

This case was heard with *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, released contemporaneously. In *Van der Peet*, *supra*, I have set out the approach to the interpretation of aboriginal rights in this context in some detail. This decision summarizes that approach and applies the principles set out in *Van der Peet*.

The questions posed in this appeal are as follows:

1. Do the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell fish?
 - (a) Has a *prima facie* right been established?
 - (b) If so, has it been extinguished?
2. If the right is established, do the government regulations prohibiting sale infringe the right?
3. If the regulations infringe the right, are they justified?

poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, en contravention du par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. L'appelante invoque comme moyen de défense le fait que le poisson en question a été acheté à des membres de la bande des Sheshaht et de la bande des Opetchesaht, qui possèdent un droit ancestral de vendre du poisson pêché dans la rivière Somass.

La seule question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi est de savoir si, dans leur application aux circonstances de l'espèce, les dispositions du Règlement violent le droit ancestral, reconnu aux Sheshaht et aux Opetchesaht par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de vendre du poisson pris dans la rivière Somass. Si oui, elles sont, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, inopérantes dans la mesure de l'incompatibilité.

Le présent pourvoi a été entendu avec les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, qui sont rendus à la même date. Dans *Van der Peet*, précité, j'ai énoncé la méthode à suivre pour interpréter les droits ancestraux dans le présent contexte. Les présents motifs résument cette méthode et appliquent les principes énoncés dans *Van der Peet*.

Les questions qui se posent dans le présent pourvoi sont les suivantes:

1. Les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit ancestral de vendre du poisson?
 - a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
 - b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si oui, ces dispositions sont-elles justifiées?

84

85

86

87

My conclusions in this appeal may be summarized as follows. Following the approach that I set out to determine the scope of an aboriginal right in *Van der Peet*, the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to sell fish for the purpose of obtaining sustenance from the fishery at the Somass River. That right was not extinguished prior to 1982, and is therefore confirmed by the *Constitution Act, 1982*. The right is limited by the Sheshaht and Opetchesaht peoples' traditional reliance on the resource, and by the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continual use. The Regulations at issue in this case infringe the Sheshaht and Opetchesaht peoples' exercise of this right, and that infringement has not been demonstrated to be justified. The conviction should accordingly be set aside.

1(a) Has the Right of the Sheshaht and Opetchesaht Peoples to Trade Fish for Sustenance Purposes Been Established?

88

The question of whether there is an aboriginal right to trade fish for sustenance was addressed in *Van der Peet*. I there held that the question to be posed is whether the current use of the fishery satisfies needs of the aboriginal people that were traditionally met by the fishery. The aboriginal right to sell fish is limited to equivalence with what the aboriginal people in question historically took from the fishery according to aboriginal law and custom.

89

In this case, the essential facts were not in dispute; the parties disputed only the characterization of the evidence that was led at trial. Even in the version of facts put forth by the Crown, there is ample evidence from which to conclude that the Sheshaht and Opetchesaht peoples made their living off the Somass River.

90

The trial judge found that the Sheshaht have been in the area of the Somass River for approximately 200 years, and that they moved to the River from the outer islands because of the salmon resource. He found that "[p]rior to the whites arriv-

Mes conclusions dans le présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Suivant la méthode que j'ai énoncée dans *Van der Peet* pour déterminer la portée d'un droit ancestral, les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent le droit ancestral de vendre, à des fins de subsistance, le poisson qu'ils pêchent dans la rivière Somass. Ce droit n'a pas été éteint avant 1982, et il est donc confirmé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est restreint par les limites de l'exploitation traditionnelle de cette ressource faite par les Sheshaht et les Opetchesaht, ainsi que par le pouvoir de l'État d'en limiter ou d'en interdire l'exploitation qui serait incompatible avec son utilisation continue. Les dispositions réglementaires en litige dans le présent pourvoi portent atteinte à l'exercice de ce droit par les Sheshaht et les Opetchesaht, et il n'a pas été démontré que cette atteinte est justifiée. Les déclarations de culpabilité devraient donc être annulées.

1a) Le droit des Sheshaht et des Opetchesaht d'échanger du poisson à des fins de subsistance a-t-il été établi?

La question de savoir s'il existe un droit ancestral d'échanger du poisson à des fins de subsistance a été examinée dans *Van der Peet*. Dans cet arrêt, j'ai affirmé que la question qu'il fallait se poser est de savoir si l'utilisation actuelle de la pêche satisfait les besoins des autochtones traditionnellement comblés par cette ressource. Les autochtones visés ont un droit ancestral de vendre du poisson qui se limite à l'équivalent de ce qu'ils ont tiré historiquement de la pêche conformément aux lois et coutumes autochtones.

En l'espèce, les faits essentiels ne sont pas contestés. Les parties sont en désaccord uniquement sur la caractérisation de la preuve présentée au procès. Même suivant la version des faits avancée par le ministère public, la preuve permet amplement de conclure que les Sheshaht et les Opetchesaht tiraient leur subsistance de la rivière Somass.

Le juge du procès a conclu que les Sheshaht habitent le secteur de la rivière Somass depuis environ 200 ans, et qu'ils ont quitté les îles situées au large pour s'installer dans ce secteur en raison du saumon. Il a jugé que, [TRADUCTION] «[a]vant

ing, the Sheshaht contacted other bands and traded commodities — having potlatches and probably intermarried”. Later in his reasons, he stated:

There's no doubt that the Sheshaht Band has the aboriginal rights to catch the fish returning in the area that they do fish. There is some evidence of barter exchange between the different bands and Mr. Inglis is unable to find any record of the selling of fish to the settlers. In 1882, the population of the Band totalled some 176. Its needs were easily accomplished in obtaining sufficient food. There is evidence that other foods were supplied.

The evidence indicates that the Sheshaht and Opetchesaht used their fishery on the Somass River for food, as well as to secure relations with neighbouring tribes and the goods that they needed from those tribes. In other words, the Sheshaht and Opetchesaht made their living from the fishery. It is not necessary to prove that the ways that the Sheshaht and Opetchesaht traditionally made their living are identical to the ways that they use the fishery to make their living today. Such a requirement, as I discussed in *Van der Peet*, would preclude the adaption of aboriginal peoples to the modern era. I conclude that the Sheshaht and Opetchesaht peoples have established an aboriginal right to sustenance from the Somass River.

1(b) Has the Sheshaht and Opetchesaht Right to Fish Commercially for Sustenance Been Extinguished?

The Crown argues that any aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht bands to the Somass fishery has been extinguished on the grounds asserted in *Van der Peet*. For the reasons there set out, I find that the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to trade fish for sustenance on the Somass River has not been extinguished.

l'arrivée des Blancs, les Sheshaht avaient des contacts avec des membres d'autres bandes avec lesquels ils échangeaient des denrées — ils tenaient des potlatches et contractaient probablement des mariages». Plus loin dans ses motifs, il a affirmé ceci:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de prendre le poisson qui remonte dans le secteur où elle pêche. Il y a certains éléments de preuve indiquant que les diverses bandes faisaient du troc, et M. Inglis est incapable de trouver quelque document attestant la vente de poisson aux colons. En 1882, la bande comptait quelque 176 membres. Elle trouvait suffisamment de nourriture pour subvenir facilement à ses besoins alimentaires. La preuve indique que d'autres denrées alimentaires étaient fournies.

La preuve indique que les Sheshaht et les Opetchesaht utilisaient leur pêcherie dans la rivière Somass pour se nourrir, ainsi que pour établir des relations avec les bandes voisines et obtenir d'elles les biens dont ils avaient besoin. En d'autres termes, les Sheshaht et les Opetchesaht tiraient leur subsistance de la pêche. Il n'est pas nécessaire de prouver que la façon dont ils ont traditionnellement utilisé la pêcherie pour en tirer leur subsistance est identique à la façon dont ils s'y prennent aujourd'hui. Comme je l'ai dit dans *Van der Peet*, une telle exigence empêcherait les peuples autochtones de s'adapter au monde moderne. Je conclus que les Sheshaht et les Opetchesaht ont établi l'existence d'un droit ancestral de tirer leur subsistance de la rivière Somass.

1b) Le droit des Sheshaht et des Opetchesaht de pêcher commercialement à des fins de subsistance a-t-il été éteint?

S'appuyant sur les arguments avancés dans *Van der Peet*, le ministère public prétend que tout droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht dans la rivière Somass a été éteint. Pour les motifs énoncés dans cet arrêt, je conclus que le droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht d'échanger, à des fins de subsistance, le poisson pris dans la rivière Somass n'a pas été éteint.

2. Does the Current Regulatory Scheme Infringe the Aboriginal Right to Fish Commercially for Sustenance?

2. Le régime de réglementation actuel porte-t-il atteinte au droit ancestral de pêcher commercialement à des fins de subsistance?

93 As discussed in *Van der Peet*, the question is whether the regulatory scheme has the effect of interfering with the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to sell fish to the extent required to provide the sustenance they took from the Somass river by aboriginal law and custom. The inquiry has two stages. The first stage requires the person asserting the right to establish *prima facie* inference with an aboriginal right covering the activity at issue. That established, infringement is established unless the Crown shows that the regulatory scheme as a whole satisfies the right.

Comme il a été vu dans *Van der Peet*, la question est de savoir si le régime de réglementation a pour effet de porter atteinte au droit des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson dans la mesure nécessaire pour s'assurer la subsistance qu'ils tiraient de la rivière Somass en vertu des lois et coutumes autochtones. L'examen de cette question comporte deux étapes. La première exige que la personne qui fait valoir le droit établisse qu'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral visant l'activité en question. Une fois cela fait, l'atteinte a été établie à moins que le ministère public ne montre que le régime de réglementation dans son ensemble respecte le droit.

94 N.T.C. Smokehouse Ltd. asserts the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht bands to sell fish from the Somass River for sustenance. The evidence, as discussed above, establishes this right. The Regulation under which N.T.C. Smokehouse Ltd. stands charged prohibits the sale. It cannot be asserted that regulatory scheme satisfies the right, since it prohibits any sale of fish for sustenance and makes no provision for satisfaction of the collective right.

N.T.C. Smokehouse Ltd. invoque le droit ancestral de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht de vendre, à des fins de subsistance, le poisson pêché dans la rivière Somass. Comme il a été indiqué précédemment, la preuve établit l'existence de ce droit. La disposition réglementaire en vertu de laquelle N.T.C. Smokehouse Ltd. a été accusée interdit la vente. Il est impossible d'affirmer que le régime de réglementation respecte le droit, étant donné qu'il interdit complètement la vente de poisson à des fins de subsistance et qu'il ne contient aucune disposition permettant de respecter le droit collectif.

95 The transaction at issue was large, involving approximately 119,000 pounds of chinook salmon. The size of the transaction alone, however, does not rebut the *prima facie* infringement. The quantity of fish sold is relevant only in relation to the sustenance needs of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. In addition, a further difficulty stems from the collective nature of the aboriginal right. Evidence of commercial fishing by individual members of the Sheshaht and Opetchesaht bands pursuant to ordinary commercial fishing licences obtained on an equal basis with non-aboriginal fishers, does not permit the inference that the group right has been satisfied. This is so even if the scale of fishing by individual band members would be of a quantity that would meet the suste-

L'opération en litige était considérable, elle portait sur quelque 119 000 livres de saumon quinnat. Toutefois, l'ampleur de l'opération n'écarte pas à elle seule l'atteinte à première vue. En effet, la quantité de poisson vendue n'est pertinente qu'en rapport avec les besoins des Sheshaht et des Opetchesaht en matière de subsistance. De plus, une autre difficulté découle de la nature collective du droit ancestral. Le fait de prouver que, à titre individuel, des membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht pratiquent la pêche commerciale en vertu de permis de pêche commerciale ordinaires, obtenus selon les mêmes règles que celles imposées aux pêcheurs non autochtones, ne permet pas de conclure que le droit collectif a été respecté. Il en serait ainsi même si les prises

nance needs of the band. It is for the Crown to show that it has put in place a regulatory scheme that meets the collective right of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to trade in fish for sustenance. This it has not done. I conclude the infringement of the aboriginal right is established.

3. Is the Limitation Placed on the Aboriginal Right by the Regulation Justified?

This Court accepted in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, that the government may limit the methods of exercising aboriginal rights in certain circumstances. The inquiry into justification is an inquiry into whether the limitation placed on the exercise of aboriginal rights by the government is within the permissible range of limitations.

To establish that the exercise of an aboriginal right is justified, the Crown must establish both that the law or regulation at issue was enacted for a “compelling and substantial” purpose, and that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward the aboriginal peoples. As I wrote in *Van der Peet*, the limitations envisaged by the concept of justification developed in *Sparrow* reflect the nature and purpose of the right, and have as their object its preservation and responsible use.

In the case at bar, as in *Van der Peet*, the Crown has not established that the denial of the aboriginal right to sell fish for sustenance is required for conservation purposes or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. Moreover, the total denial of the right may be seen to conflict with the fiduciary duty of the Crown to permit exercise of a constitutionally guaranteed aboriginal right. It follows that the

des différents membres qui pêchent individuellement atteignaient une quantité satisfaisant aux besoins des bandes en matière de subsistance. Il incombe au ministère public de démontrer que l'État a mis en place un régime de réglementation qui respecte le droit collectif qu'ont les Sheshaht et les Opetchesaht de faire le commerce du poisson à des fins de subsistance. Ce qu'il n'a pas fait. Je conclus qu'on a établi l'existence d'une atteinte au droit ancestral.

3. Les limites imposées au droit ancestral par les dispositions du règlement sont-elles justifiées?

Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, notre Cour a reconnu que l'État peut limiter les méthodes qui peuvent être utilisées pour exercer des droits ancestraux dans certaines circonstances. Dans l'examen de la question de la justification, il faut se demander si la restriction imposée par l'État relativement à l'exercice des droits ancestraux demeure dans des limites admissibles.

Pour établir que la limitation de l'exercice d'un droit ancestral est justifiée, le ministère public doit établir à la fois que la disposition législative ou réglementaire en cause a été adoptée dans la poursuite d'objectifs «impérieux et réels», et que cette disposition est compatible avec l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones. Comme je l'ai écrit dans *Van der Peet*, les restrictions envisagées par le critère de justification élaboré dans l'arrêt *Sparrow* reflètent la nature et l'objectif du droit en cause, et elles ont pour objet d'assurer sa préservation et son utilisation responsable.

En l'espèce, tout comme dans *Van der Peet*, le ministère public n'a pas établi que la privation du droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance est nécessaire pour des objectifs de conservation ou d'autres objectifs liés à l'exploitation continue et responsable de la ressource. De plus, la privation totale de ce droit peut être considérée comme incompatible avec l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de permettre l'exercice d'un droit ancestral garanti par la Constitution. Il s'ensuit que l'atteinte au droit ancestral de vendre du

96

97

98

infringement of the aboriginal right to sell fish for sustenance has not been justified.

Conclusion

99

I would allow the appeal to the extent of confirming the existence in principle of an aboriginal right to sell fish for sustenance purposes. I would set aside the conviction of the appellant and enter an acquittal. The answer to the constitutional questions should be as follows:

1. Section 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, is of no force or effect with respect to the 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*, as invoked by the appellant.
2. Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, is of no force or effect with respect to the 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*, as invoked by the appellant.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Solicitors for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian National Railway Company: Ladner, Downs, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

poisson à des fins de subsistance n'a pas été justifiée.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence, en principe, d'un droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance. J'annulerais la déclaration de culpabilité de l'appelante et inscrirais un acquittement. Les réponses suivantes devraient être données aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.
2. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller, Pearlman, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Ladner, Downs, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1996 Vol. 2

5^e cahier, 1996 Vol. 2

Cited as [1996] 2 S.C.R. 723-927

Renvoi [1996] 2 R.C.S. 723-927

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, 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
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

CONTENTS

Harvey v. New Brunswick (Attorney General)..... 876

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be qualified for membership in legislature — Member of provincial legislature convicted of illegal practice and expelled from legislature pursuant to provincial elections legislation — Legislation also disqualifying anyone convicted of illegal practice from holding electoral office for five years — Whether disqualifications infringe s. 3 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 119(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Member of provincial legislature convicted of illegal practice and expelled from legislature pursuant to provincial elections legislation — Legislation also dis-

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
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, 1996.

SOMMAIRE

Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)... 876

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'éligibilité aux élections provinciales — Député provincial déclaré coupable d'un acte illicite et expulsé de la législature conformément à la loi électorale provinciale — Loi rendant également quiconque est déclaré coupable d'un acte illicite inhabile à occuper une charge de député pendant une période de cinq ans — Ces inhabilités violent-elles l'art. 3 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 119c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Député provincial déclaré coupable d'un acte illicite et expulsé de la législature conformément à la loi électorale provinciale — Loi rendant également quiconque

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

qualifying anyone convicted of illegal practice from holding electoral office for five years — Whether disqualifications infringe s. 12 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 119(c).

P. (S.) v. R. (M.) 842

Family law — Compensatory allowance — Separation — Wife performing administrative and secretarial work for husband's business while taking care of children — Two properties purchased by husband registered in wife's name — Principles to be considered in deciding whether compensatory allowance should be awarded to wife or husband — Approach to be taken in considering facts — Whether Court of Appeal's intervention in trial judge's decision justified.

R. v. Gladstone 723

Constitutional law — Aboriginal rights — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if "interested" in buying — Regulations requiring specific licence for harvesting and sale of fish product — Natives not having proper licence to sell fish product — Evidence indicating large scale trade in fish product prior to contact with Europeans — Whether an aboriginal right to harvest and trade in fish product — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — Pacific Herring Fishery Regulations, SOR/84-324, s. (3).

Commercial law — Attempt to sell — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if "interested" in buying — Whether conduct amounting to attempt to sell.

R. v. Pamajewon..... 821

Constitutional law — Aboriginal rights — Self-government and high stakes gambling — First nations passing lotteries by-laws — By-laws not passed pursuant to s. 81 of Indian Act — Criminal charges laid for alleged breach of gambling provisions — Whether an aboriginal right to gamble — Whether an aboriginal right to self-government which includes the right to regulate gambling activities — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 201(1), 206(1)(d), 207 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81.

SOMMAIRE (Fin)

est déclaré coupable d'un acte illicite inhabile à occuper une charge de député pendant une période de cinq ans — Ces inhabilités violent-elles l'art. 12 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 119c).

P. (S.) c. R. (M.) 842

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Séparation — Épouse exécutant des tâches d'administration et de secrétariat pour l'entreprise du mari tout en s'occupant des enfants — Deux propriétés achetées par le mari et enregistrées au nom de l'épouse — Principes dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une prestation compensatoire à l'épouse ou au mari — Méthode qu'il faut adopter pour examiner les faits — L'intervention de la Cour d'appel dans la décision du juge de première instance était-elle justifiée?

R. c. Gladstone 723

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s'il était «intéressé» à s'en procurer — Règlement exigeant un permis particulier pour la récolte et la vente du produit du poisson — Autochtones n'ayant pas le permis requis pour vendre le produit du poisson — Éléments de preuve indiquant que des échanges du produit du poisson avaient lieu sur une grande échelle avant le contact avec les Européens — Existe-t-il un droit ancestral de récolter et de vendre le produit du poisson? — Le droit ancestral est-il éteint? — Le règlement porte-t-il atteinte à un droit ancestral? — Une telle atteinte serait-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche du hareng du Pacifique, DORS/84-324, art. (3).

Droit commercial — Tentative de vente — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s'il était «intéressé» à s'en procurer — Ce comportement équivaut-il à une tentative de vente?

R. c. Pamajewon..... 821

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autonomie gouvernementale et jeux de hasard à gros enjeux — Prise par les premières nations d'un règlement administratif sur les loteries — Règlement administratif non pris conformément à l'art. 81 de la Loi sur les Indiens — Dépôt d'accusations criminelles reprochant des contraventions à des dispositions concernant les jeux de hasard — Existe-t-il un droit ancestral de s'adonner à des jeux de hasard? — Existe-t-il un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale qui inclut le droit de réglementer les activités de jeux de hasard? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 201(1), 206(1)d), 207 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81.

Donald Gladstone and William Gladstone *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation, the First Nations Summit, Delgamuukw et al., Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GLADSTONE

File No.: 23801.

1995: November 27, 28, 29; 1996: August 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

Constitutional law — Aboriginal rights — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if “interested” in buying — Regulations requiring specific licence for harvesting and sale of fish product — Natives not having proper licence to sell fish product — Evidence indicating large scale trade in fish product prior to contact with Europeans — Whether an aboriginal right to harvest and trade in fish product — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — Pacific Herring Fishery Regulations, SOR/84-324, s. (3).

Donald Gladstone et William Gladstone *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation, le First Nations Summit, Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. GLADSTONE

N° du greffe: 23801.

1995: 27, 28, 29 novembre; 1996: 21 août.

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

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s'il était «intéressé» à s'en procurer — Règlement exigeant un permis particulier pour la récolte et la vente du produit du poisson — Autochtones n'ayant pas le permis requis pour vendre le produit du poisson — Éléments de preuve indiquant que des échanges du produit du poisson avaient lieu sur une grande échelle avant le contact avec les Européens — Existe-t-il un droit ancestral de récolter et de vendre le produit du poisson? — Le droit ancestral est-il éteint? — Le règlement porte-t-il atteinte à un droit ancestral? — Une telle atteinte serait-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche du hareng du Pacifique, DORS/84-324, art. (3).

Commercial law — Attempt to sell — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if “interested” in buying — Whether conduct amounting to attempt to sell.

The accused were charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with attempting to sell herring spawn on kelp caught without the proper licence contrary to s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. They had shipped a large quantity to the Vancouver area and approached a fish dealer with a sample to see if he was “interested”. One of the accused, on arrest, produced an Indian food fish licence permitting him to harvest 500 pounds. The Supreme Court of British Columbia and the Court of Appeal upheld the convictions. The constitutional question before this Court questioned whether s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* was of no force or effect in the circumstances, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Also raised was the sufficiency of their actions to constitute an attempt to sell in law.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be allowed.

Whether an Attempt to Sell

Per Lamer C.J. and La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The accused attempted to sell herring spawn on kelp. Shipping it to the Vancouver area, taking a sample to the fish merchant and specifically asking him if he was “interested” had sufficient proximity to the acts necessary to complete the offence of selling herring spawn on kelp to move those actions beyond mere preparation to an actual attempt.

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.: To be recognized as 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 that right. The first step is the determination of the precise nature of the claim

Droit commercial — Tentative de vente — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s’il était «intéressé» à s’en procurer — Ce comportement équivaut-il à une tentative de vente?

Les appelants ont été accusés, aux termes du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, d’avoir tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech qui avait été récoltée sans le permis approprié, contrairement au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Ils en avaient expédié une grande quantité dans la région de Vancouver et en avaient offert un échantillon à un marchand de poisson pour voir s’il était «intéressé» à s’en procurer. Au moment de son arrestation, l’un des accusés a exhibé un permis de pêche de subsistance des Indiens l’autorisant à récolter 500 livres de rogue de hareng sur varech. La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d’appel de cette province ont maintenu les déclarations de culpabilité. La question constitutionnelle dont notre Cour a été saisie était de savoir si le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* était inopérant dans les circonstances, en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison de l’existence de droits ancestraux au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils ont en outre soutenu que leurs actes étaient insuffisants pour constituer, en droit, une tentative de vente.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Y a-t-il eu tentative de vente?

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les accusés ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech. Le fait d’avoir expédié le produit dans la région de Vancouver, le fait d’en avoir apporté un échantillon au marchand de poisson et le fait de lui avoir expressément demandé s’il était «intéressé» à s’en procurer étaient des faits suffisamment proches des actes requis pour qu’il y ait perpétration de l’infraction de vente de rogue de hareng sur varech, de sorte qu’ils dépassaient la simple préparation et constituaient une tentative véritable.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Pour être reconnue comme 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. La première étape consiste à

being made, taking into account such factors as the nature of the action allegedly taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation allegedly infringing the right, and the practice, custom or tradition allegedly establishing the right.

The regulations under which the accused were charged prohibited all sale or trade in herring spawn on kelp without a particular licence. The exchange of herring spawn on kelp for money or other goods was to an extent a central, significant and defining feature of the culture of the Heiltsuk prior to contact and best characterized as commercial. This exchange and trade was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk prior to contact.

To merit constitutional protection, a practice, custom or tradition which is integral to the aboriginal community must be shown to have continuity with the practices, customs or traditions which existed prior to contact. The evidence satisfied this requirement. The commercial trade in herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk prior to contact and was not incidental to social or ceremonial activities. An aboriginal right to trade herring spawn on kelp on a commercial basis was established.

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Further, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Finally, but most significantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be viewed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to native perspective on the meaning of the rights asserted.

The “frozen right” approach focusing on aboriginal practices should not be adopted. Instead, the definition of aboriginal rights should refer to the notion of “integral part of distinctive aboriginal culture” and should “permit the evolution of aboriginal rights over time”. Case law on treaty and aboriginal rights relating to trade

déterminer la nature précise de la revendication des appelants, compte tenu de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, le règlement gouvernemental qui violerait ce droit, et la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit revendiqué.

Le règlement en vertu duquel les accusés ont été poursuivis interdit complètement la vente ou l'échange de rogue de hareng sur varech sans un permis particulier. L'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens était, dans une certaine mesure, une caractéristique fondamentale, importante et déterminante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens, et qu'il convient de qualifier de commerciale. Ces échanges faisaient partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens.

Pour qu'elle soit protégée sur le plan constitutionnel, il faut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone marque une continuité avec des coutumes, pratiques ou traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. La preuve satisfait à cette exigence. Les échanges commerciaux de rogue de hareng sur varech faisaient partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens et n'étaient pas une activité accessoire des activités sociales et rituelles de la collectivité. L'existence d'un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale a été établie.

Le juge L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. En outre, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté *vis-à-vis* des peuples autochtones. Finalement, le dernier principe — mais aussi le plus important — est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture particulières de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués.

Il n'y avait pas lieu d'adopter la méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait être axée sur la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive» et devrait «permettre à ces droits d'évoluer avec le temps». La juris-

supports the making of a distinction between the sale, trade and barter of fish for, on the one hand, livelihood, support and sustenance purposes and for, on the other, purely commercial purposes. The delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum.

The aboriginal right at issue falls on the part of the spectrum relating to the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, not on the part dealing with livelihood, support and sustenance purposes. The legislative provision under constitutional challenge was aimed at both commercial and non-commercial sale, trade and barter of herring spawn on kelp. The sale, trade and barter of fish for commercial purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Heiltsuk for a substantial continuous period of time to have formed an integral part of their culture. Consequently, the criteria regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* are met in this case.

Per McLachlin J.: Evidence of an established trading network was clear in this case. The Heiltsuk derived their sustenance from trade derived from herring spawn on kelp; they relied on trade to supply them with the necessities of life, principally other food products. An aboriginal right therefore existed.

Per La Forest J. (dissenting): The trial judge's findings of fact are to the effect that the Heiltsuk had been engaged in the bartering and trading of herring spawn on kelp prior to contact and that these activities, at times, involved very large quantities of fish. These activities had special significance to the Heiltsuk in that the Heiltsuk engaged in such trading activities on the basis that they valued sharing resources with other bands who did not have access to that resource. That special significance made bartering and trading in herring spawn on kelp a part of their distinctive culture. Therefore, the Heiltsuk did have an aboriginal right to barter and trade herring spawn on kelp to a certain degree. Without that special significance to the Heiltsuk, it cannot be said, based on the trial judge's findings of fact, that such activity constitutes an integral part of their distinctive culture and thus any trading and bartering not done in that context cannot in any way be said to form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk society. The appellants' activities, which, the trial judge found, were done in a completely different

prudence sur les droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges appuie l'établissement d'une distinction entre, d'une part, la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales. Les droits ancestraux doivent être considérés comme formant les divers éléments d'un spectre.

Le droit ancestral en cause correspond à la partie du spectre qui concerne la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, plutôt qu'à celle touchant les activités exercées à des fins de subsistance. La disposition législative faisant l'objet de la présente contestation constitutionnelle visait la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales et non commerciales. Les activités de vente et d'échange de poisson à des fins commerciales ont été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Heiltsuk pendant une période considérable et ininterrompue pour avoir fait partie intégrante de leur culture. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est satisfait en l'espèce.

Le juge McLachlin: En l'espèce, la preuve a démontré clairement l'existence d'un réseau d'échanges établi. Les Heiltsuk tiraient leur subsistance d'échanges fondés sur l'exploitation de la rogue de hareng sur varech. Ils comptaient sur ces échanges pour se procurer les biens nécessaires à la vie, principalement d'autres produits alimentaires. Il existait donc un droit ancestral.

Le juge La Forest (dissident): Les conclusions de fait du juge du procès indiquent que les Heiltsuk échangeaient de la rogue de hareng sur varech déjà avant le contact avec les Européens et que ces activités portaient parfois sur de très importantes quantités de poisson. Ces activités avaient une importance spéciale pour les Heiltsuk en ce sens qu'ils pratiquaient ce genre d'activités d'échange parce qu'il était important pour eux de partager des ressources avec d'autres bandes n'ayant pas accès à celles-ci. Cette importance spéciale faisait des échanges de rogue de hareng sur varech une partie de la culture distinctive de la bande. Par conséquent, les Heiltsuk possédaient, dans une certaine mesure, un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech. En dehors de ce contexte, on ne peut pas dire, en se fondant sur les conclusions de fait du juge du procès, que ces activités font partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk et, en conséquence, il est impossible d'affirmer que les échanges qui ne sont pas effectués dans ce contexte font partie intégrante de la culture distinctive de la société heiltsuk. Les activités des appe-

context, accordingly did not form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk and the aboriginal rights of the Heiltsuk were therefore not infringed.

Extinguishment

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The intention to extinguish an aboriginal right must be clear and plain. The varying regulatory schemes affecting the herring spawn on kelp harvest did not express a clear and plain intention to eliminate the aboriginal right. The regulations may have failed to recognize the aboriginal right and to give it special protection but they never prohibited aboriginal people from obtaining licences to fish commercially. More importantly, the government has, at various times, given preferences to aboriginal commercial fishing. Finally, the Regulation relied upon in arguing for extinguishment was of an entirely different nature than the document relied on for a finding of extinguishment in *R. v. Horseman*.

Per L'Heureux-Dubé J.: As regards the issues of extinguishment and *prima facie* infringement, the reasons and conclusions of Lamer C.J. were agreed with for the most part. The Heiltsuk's aboriginal right to sale, trade and barter herring spawn on kelp for commercial purposes has not been extinguished by a "clear and plain intention" of the Sovereign. The approach where the aboriginal right is considered extinguished when it and the activities contemplated by the legislation cannot co-exist is irreconcilable with the "clear and plain intention" test favoured in Canada. The legislation was not sufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes. It merely regulates aboriginal activities and does not amount to extinguishment.

Per McLachlin J.: Order in Council P.C. 2539 did not extinguish the aboriginal right of the Heiltsuk people to use herring spawn on kelp as a source of sustenance. It did not manifest the necessary "clear and plain" intention. Their most likely purpose was to conserve. A measure aimed at conservation of a resource is not inconsistent with a recognition of an aboriginal right to make use of that resource. Indeed, there was no evidence that

lants, qui, selon le juge du procès, ont été accomplis dans un contexte complètement différent, ne faisaient pas partie intégrante, par conséquent, de la culture distinctive des Heiltsuk et il n'y a donc pas eu atteinte aux droits ancestraux des Heiltsuk.

Extinction

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'intention d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse. Les régimes de réglementation changeants qui régissaient la récolte de la rogue de hareng sur varech n'exprimaient pas une intention claire et expresse d'abolir les droits ancestraux. Le règlement n'a peut-être pas reconnu ce droit la qualité de droit ancestral et ne lui a peut-être pas accordé une protection spéciale, mais il n'a jamais interdit aux peuples autochtones d'obtenir des permis de pêche commerciale. Fait encore plus important, le gouvernement a, à divers moments, pris des mesures préférentielles en faveur de la pêche commerciale autochtone. Enfin, la nature du règlement invoqué à l'appui de l'extinction du droit est tout à fait différente de celle du document invoqué pour conclure à l'extinction dans les arrêts *R. c. Horseman*.

Le juge L'Heureux-Dubé: En ce qui concerne les questions de l'extinction et de l'atteinte *prima facie*, les motifs et les conclusions du juge en chef Lamer sont acceptés pour l'essentiel. Le droit ancestral des Heiltsuk de vendre et d'échanger de la rogue de hareng sur varech à des fins commerciales n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une «intention claire et expresse» du Souverain. La position selon laquelle le droit ancestral est considéré comme éteint dans les cas où il ne peut pas coexister avec les activités visées par les mesures législatives est inconciliable avec le test de «l'intention claire et expresse» privilégié au Canada. Les mesures législatives étaient insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales. Elles ne font que réglementer les activités autochtones et n'entraînent pas l'extinction du droit de les exercer.

Le juge McLachlin: Le décret C.P. 2539 n'a pas éteint le droit ancestral des Heiltsuk d'utiliser la rogue de hareng sur varech comme moyen de subsistance. Il n'exprimait pas l'intention «claire et expresse» requise. L'objet le plus vraisemblable de ces mesures de réglementation était d'assurer la conservation du fretin de ce poisson. Une mesure ayant pour but la conservation d'une ressource n'est pas incompatible avec la recon-

the measure was intended to relate to the aboriginal right at all.

Per La Forest J. (dissenting): The *Sparrow* decision only stands for the proposition that the Crown had not expressed a clear and plain intention to extinguish aboriginal rights regarding fishing for food, including social and ceremonial purposes. Order-in-Council P.C. 2539, which put in place restrictions on the native exploitation of this fishery, evinced a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia — should they ever have existed. The Crown specifically chose to translate aboriginal practices into statutory rights and expressly decided to limit the scope of these rights. Aboriginal rights relating to practices that were specifically excluded were thereby extinguished.

Prima Facie Infringement

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.: The *Sparrow* test for determining whether the government has infringed aboriginal rights involves (1) asking whether the legislation has the effect of interfering with an existing aboriginal right and (2) determining whether the limitation (i) was unreasonable, (ii) imposed undue hardship, (iii) denied the right holders their preferred means of exercising that right. The test is partly determined by the factual context; in this case, the test must be applied not simply to s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* but also to the other aspects of the regulatory scheme. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement.

The government's scheme for regulating the herring spawn on kelp fishery can be divided into four constituent parts: (1) the government determines the amount of the herring stock that will be harvested in a given year; (2) the government allots the herring stock to the different herring fisheries (herring roe, herring spawn on kelp and other herring fisheries); (3) the government allots the herring spawn on kelp fishery to various user groups (commercial users and the Indian food fishery); and (4) the government allots the commercial herring spawn on

naissance d'un droit ancestral d'utiliser cette ressource. De fait, il n'y a eu aucune preuve que ces mesures visaient d'aucune façon le droit ancestral.

Le juge La Forest (dissident): L'arrêt *Sparrow* permet seulement d'affirmer que l'État n'avait pas exprimé l'intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux en ce qui concerne la pêche pratiquée à des fins alimentaires, y compris à des fins sociales et rituelles. Le décret C.P. 2539, qui a mis en place des restrictions à l'exploitation de cette pêche par les autochtones, indiquait une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits ancestraux relatifs à la pêche commerciale en Colombie-Britannique — si ces droits ont jamais existé. L'État a spécifiquement choisi de convertir des pratiques autochtones en droits prévus par la loi et a expressément décidé de limiter la portée de ces droits. Les droits ancestraux touchant des pratiques qui ont été spécifiquement exclues ont, de ce fait, été éteints.

Atteinte prima facie

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* et permettant de déterminer si l'État a porté atteinte aux droits ancestraux comporte (1) la question de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant et (2) celle de déterminer (i) si la restriction était déraisonnable, (ii) si le règlement était indûment rigoureux et (iii) s'il refusait aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Le critère est, dans une certaine mesure, fonction du contexte factuel dans lequel il a été formulé; en l'espèce, le critère doit être appliqué non seulement au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* mais également aux autres aspects du régime de réglementation. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue.

Le régime gouvernemental de réglementation de la récolte de la rogue de hareng sur varech peut être divisé en quatre éléments constitutifs: (1) l'État détermine la proportion des stocks de hareng qui sera récoltée au cours d'une année donnée; (2) il répartit les stocks de hareng entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson (hareng prêt à frayer, rogue de hareng sur varech et autres types de pêche); (3) il répartit la part attribuée à la récolte de la rogue de hareng sur varech entre les divers groupes d'usagers (usagers commerciaux et Indiens pra-

kelp licences. The appellants demonstrated a *prima facie* interference with their aboriginal rights. Prior to contact, the Heiltsuk could harvest herring spawn on kelp to the extent they themselves desired. Under the regulatory scheme they can harvest for commercial purposes only to the limited extent allowed by the government.

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* directly conflicts, both by its object and by its effects, with native sale, trade and barter of herring spawn on kelp on a commercial basis and so violates the aboriginal right. This right has never been extinguished by a clear and plain intention of the Sovereign. Although in agreement with Lamer C.J. on the issue, the relatively low burden on the claimant of the right to demonstrate infringement on the face of the legislation was emphasized. Here, the appellants overwhelmingly discharged their burden in that regard.

Per McLachlin J.: An aboriginal person must establish a *prima facie* right to engage in the prohibited conduct at issue. The Crown may rebut the inference of infringement if it can demonstrate that the regulatory scheme, viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question. The Heiltsuk have a right to harvest and sell herring spawn on kelp for the purpose of sustenance and this right was evidently denied by the regulation under which the appellants stand charged. Thus, the first requirement of the test is met.

The evidence did not disclose whether the licence issued to the Heiltsuk was sufficient to satisfy their aboriginal right to sell herring spawn on kelp for sustenance. The case should be referred for a new trial so that this case can be resolved.

Justification

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Justification of infringements of aboriginal rights involves a two-part test. The government must demonstrate that: (1) it was acting pursuant to a valid legislative objective; and (2) its actions were consistent with its fiduciary duty towards aboriginal peoples.

tiquant la pêche de subsistance); (4) il répartit les permis de pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech. Les appelants ont démontré une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux. Avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les Heiltsuk pouvaient récolter autant de rogue de hareng sur varech qu'ils le désiraient. Par suite de l'établissement du régime de réglementation, ils ne peuvent récolter que la quantité limitée de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales autorisée par l'État.

Le juge L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* entre directement en conflit, tant de par son objet que de par ses effets, avec la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech par les autochtones sur une base commerciale et viole un tel droit ancestral. Ce droit n'a jamais été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse du Souverain. Bien que l'analyse du juge en chef Lamer sur cette question soit acceptée, il y est souligné le caractère assez peu exigeant du fardeau qu'a la personne qui revendique un tel droit d'établir qu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral existant. Dans le présent pourvoi, les appelants se sont nettement acquittés du fardeau qui leur incombait à cet égard.

Le juge McLachlin: Un autochtone doit établir l'existence à première vue d'un droit d'accomplir l'acte prohibé en cause. Le ministère public peut repousser l'inférence qu'il y a atteinte en démontrant que, considéré dans son ensemble, le régime de réglementation respecte le droit ancestral collectif en question. Les Heiltsuk ont le droit de récolter et de vendre la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance, droit dont ils ont apparemment été privés par la disposition réglementaire en vertu de laquelle les appelants ont été accusés. Par conséquent, la première condition du critère est remplie.

La preuve n'a pas indiqué si le permis délivré aux Heiltsuk respectait suffisamment leur droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. Il faudrait renvoyer l'affaire en vue de la tenue d'un nouveau procès afin de trancher cette question.

Justification

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La justification des atteintes aux droits ancestraux emporte l'application d'un critère à deux volets. L'État doit démontrer (1) qu'il a agi en vertu d'un objectif législatif régulier; et (2) que ses actions sont compatibles avec son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones.

Where the aboriginal right is internally limited, so that it is clear when that right has been satisfied and other users can be allowed to participate in the fishery, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, makes sense. *Sparrow* did not contemplate situations other than that where the aboriginal right was internally limited. Where the aboriginal right has no internal limitation, however, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, would mean that an aboriginal right would become an exclusive one. Where the aboriginal right has no internal limitation, the doctrine of priority requires that the government demonstrate that it has taken the existence of aboriginal rights into account in allocating the resource and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. This right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource, and the actual allocation of the resource which results from that process, reflect the prior interest of aboriginal rights holders in the fishery. The content of this priority — something less than exclusivity but which nonetheless gives priority to the aboriginal right — must remain somewhat vague pending consideration of the government's actions in specific cases.

Unlike *Sparrow*, which considered only the justifiability of conservation objectives, this case raises the question of whether other government objectives will justify limitations on aboriginal rights. The regulatory scheme at issue in this case — the allocation of herring spawn on kelp — does not involve conservation concerns: it makes no difference in terms of conservation who is allowed to catch the fish.

The purposes underlying aboriginal rights must inform not only the definition of the rights but also the identification of those limits on the rights which are justifiable. Because distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those

Dans une situation où le droit ancestral est intrinsèquement limité, et où il est, de ce fait, facile de déterminer s'il a été respecté et si les autres usagers peuvent être autorisés à pêcher, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* est logique. L'arrêt *Sparrow* n'envisage pas de situations autres que celles où le droit ancestral est intrinsèquement limité. Toutefois, quand le droit ancestral ne comporte pas de limite intrinsèque, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* signifierait qu'un droit ancestral deviendrait exclusif. Lorsque le droit ancestral en cause n'est pas assorti de limite intrinsèque, la doctrine relative à l'ordre de priorité commande que l'État démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l'existence des droits ancestraux et réparti la ressource d'une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d'exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers. Il s'agit d'un droit à la fois substantiel et procédural. À l'étape de la justification, l'État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l'égard de cette pêche. Le contenu de ce droit de priorité — qui, sans aller jusqu'à l'exclusivité, donne néanmoins préséance au droit ancestral — doit rester assez vague tant que les actions de l'État n'ont pas été examinées dans des cas précis.

Contrairement à l'arrêt *Sparrow*, où l'on a examiné le caractère justifiable des objectifs de conservation, le caractère pourvoi soulève la question de savoir si d'autres objectifs gouvernementaux justifieront l'existence de restrictions aux droits ancestraux. Le régime de réglementation en cause — la répartition de la récolte de la rogue de hareng sur varech — ne concerne pas des questions de conservation: le fait que ce soit un groupe ou un autre qui soit autorisé à prendre le poisson ne change rien du point de vue de la conservation.

Les objets qui sous-tendent les droits ancestraux doivent non seulement servir à la définition de ces droits, mais également à la détermination des limites apportées à ceux-ci et qui sont justifiables. Comme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus

limits are of sufficient importance to the broader community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation. With regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment.

The evidence and testimony presented in this case was insufficient for the Court to determine whether the government's regulatory scheme was justified.

Per L'Heureux-Dubé J.: There was insufficient evidence to rule on the question of justification. Lamer C.J.'s comments on this issue, and particularly as regards the doctrine of priority and the decision in *Jack v. The Queen* were agreed with.

Per McLachlin J.: It was not necessary to reach the issue of justification. The question of whether such an infringement were justified should be decided at a new trial.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; **considered:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; **distinguished:** *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Attorney-*

large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. En ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées, de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation.

La preuve documentaire et testimoniale produite dans la présente affaire était insuffisante pour permettre à notre Cour de déterminer si ce régime est justifié.

Le juge L'Heureux-Dubé: La preuve était insuffisante pour permettre de trancher la question de la justification. Il est souscrit aux observations du juge en chef Lamer sur cette question, particulièrement en ce qui concerne la doctrine relative à l'ordre de priorité ainsi qu'à la décision de notre Cour dans *Jack c. La Reine*.

Le juge McLachlin: Il n'était pas nécessaire d'examiner la question de la justification. La question de savoir si une telle atteinte était justifiée devrait être tranchée lors d'un nouveau procès.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; **arrêt examiné:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts mentionnés:** *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c.*

General of British Columbia v. Attorney-General of Canada, [1914] A.C. 153.

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. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Heiltsuk Indian Band v. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery Regulations, SOR/54-659, s. 21A [ad. SOR/55-260, s. 3] (1) [repl. SOR/74-50, s. 9], (2) [repl. SOR/72-417, s. 7], s. 32.
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/77-716, s. 29.
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5) [ad. SOR/85-290, s. 5].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 34, 61(1).
Fisheries Act, R.S.C. 1927, c. 73, s. 39.
Fisheries Act, S.C. 1868, c. 60, s. 13(9).
Fisheries Act, 1932, S.C. 1932, c. 42, s. 30.
Fisheries Act, S.C. 1952, c. 119, s. 30.
Fishery Regulations for the Province of British Columbia, March 8, 1894, P.C. 650, s. 1.
Natural Resources Transfer Agreement, s. 12 (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, R.S.C., 1985, App. II, No. 26, Schedule 2).
Order in Council, P.C. 2539, September 11, 1917.

Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1914] A.C. 153.

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. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêt mentionné:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bande indienne des Heiltsuk c. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771.

Lois et règlements cités

Acte des pêcheries, S.C. 1868, ch. 60, art. 13(9).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.
Convention sur le transfert des ressources naturelles, art. 12 (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), app. II, n° 26, annexe 2).
Décret, C.P. 2539, 11 septembre 1917.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi sur les pêcheries, S.C. 1952, ch. 119, art. 30.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1927, ch. 73, art. 39.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34, 61(1).
Loi sur les pêcheries de 1932, S.C. 1932, ch. 42, art. 30.
Règlement de pêche de la Colombie-Britannique, 8 mars 1894, C.P. 650, art. 1.
Règlement de pêche de la Colombie-Britannique, DORS/54-659, art. 21A [aj. DORS/55-260, art. 3] (1) [abr. DORS/74-50, art. 9], (2) [abr. DORS/72-417, art. 7], art. 32.
Règlement de pêche du hareng du Pacifique, C.R.C., ch. 825, art. 17 (abr. & remp. DORS/80-876, art. 8).

Pacific Fishery Registration and Licensing Regulations. Pacific Herring Fishery Regulations, C.R.C., c. 825, s. 17 (rep. & sub. SOR/80-876, s. 8).
Pacific Herring Fishery Regulations, SOR/84-324, ss. 17(1)(a), (b), 20(2), (3).
Special Fisheries Regulations for the Province of British Columbia, 1915, P.C. 297, s. 8(2).
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1922, P.C. 1918, s. 13(2).
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1925, P.C. 483, s. 15.
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1930, P.C. 512, s. 11(2).
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1938, P.C. 899, s. 10(2).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "prima facie".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, 29 B.C.A.C. 253, 48 W.A.C. 253, [1993] 5 W.W.R. 517, [1993] 4 C.N.L.R. 75, dismissing an appeal from a judgment of Anderson J. (1991), 13 W.C.B. (2d) 601, dismissing an appeal from conviction by Lemiski Prov. Ct. J. for violating s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. Appeal allowed, La Forest J. dissenting.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., and *Maria A. Morellato*, for the appellants.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Règlement de pêche du hareng du Pacifique, DORS/84-324, art. 17(1)a), b), 20(2), (3).
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/77-716, art. 29.
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1915, C.P. 297, art. 8(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1922, C.P. 1918, art. 13(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1925, C.P. 483, art. 15.
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1930, C.P. 512, art. 11(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1938, C.P. 899, art. 10(2).
Règlement sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «prima facie».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, 29 B.C.A.C. 253, 48 W.A.C. 253, [1993] 5 W.W.R. 517, [1993] 4 C.N.L.R. 75, qui a rejeté un appel interjeté contre la décision du juge Anderson (1991), 13 W.C.B. (2d) 601, rejetant un appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Lemiski de la Cour provinciale pour infraction au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Pourvoi accueilli, le juge La Forest est dissident.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et *Maria A. Morellato*, pour les appelants.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, Q.C., and Robert Lonergan, for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape and Robert C. Freedman, for the intervener the First Nations Summit.

Stuart Rush, Q.C., and Michael Jackson, for the interveners Delgamuukw, et al.

Arthur C. Pape and Clayton C. Ruby, for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Facts

¹ Donald and William Gladstone, the appellants, are members of the Heiltsuk Band. The appellants were charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offences of offering to sell herring spawn on kelp caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248 and of attempting to sell herring spawn on kelp not caught under the authority of a Category J herring spawn on kelp licence, contrary to s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324. Only the charges arising under s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* are still at issue in this appeal.

² The charges arose out of events taking place in April of 1988. On approximately April 27, 1988 the appellants shipped 4,200 pounds of herring spawn on kelp from Bella Bella to Richmond, a suburb of Vancouver. On April 28, 1988 the appellants took a pail containing approximately 35 pounds of herring spawn on kelp to Seaborn Enter-

Christopher Harvey, c.r., et Robert Lonergan, pour les intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape et Robert C. Freedman, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Stuart Rush, c.r., et Michael Jackson, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

Arthur C. Pape et Clayton C. Ruby, pour les intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Les faits

Les appelants, Donald et William Gladstone, sont membres de la bande des Heiltsuk. Ils ont été accusés, aux termes du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, d'avoir offert de vendre de la roque de hareng sur varech récoltée en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, infraction prévue au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir tenté de vendre de la roque de hareng sur varech qui n'avait pas été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J, infraction prévue au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324. Seules les accusations fondées sur le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* sont encore en litige dans le présent pourvoi.

Les faits ayant donné lieu aux accusations remontent au mois d'avril 1988. Vers le 27 avril 1988, les appelants ont expédié de Bella Bella jusqu'à Richmond, banlieue de Vancouver, 4 200 livres de roque de hareng sur varech. Le 28 avril 1988, ils ont apporté un seau contenant 35 livres de ce produit à la poissonnerie Seaborn Enterprises

prises Ltd., a fish store in Vancouver. At Seaborn Enterprises Ltd. the appellants had a conversation with Mr. Katsu Hirose, the owner of the store, in which they asked Mr. Hirose if he was “interested” in herring spawn on kelp. Mr. Hirose informed the appellants that he did not purchase herring spawn on kelp from Native Indians. Upon leaving Seaborn Enterprises Ltd. the appellants, who had been under surveillance by fisheries officers throughout these events, were arrested and the entire 4,200 pounds of herring spawn on kelp was seized. Upon arrest the appellant William Gladstone produced an Indian food fish licence permitting him to harvest 500 pounds of herring spawn on kelp.

At the time at which the appellants were charged s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* read:

20. . . .

(3) No person shall buy, sell, barter or attempt to buy, sell, or barter herring spawn on kelp other than herring spawn on kelp taken or collected under the authority of a Category J licence.

The appellants have not disputed the essential facts of the case. The essence of the appellants’ defence is that, in these circumstances, the regulations violated the appellants’ aboriginal rights as recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* with the result that, by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the regulations are of no force or effect with respect to the appellants. The appellants also take the position that the facts related to the shipment of the herring spawn on kelp, and the conversation with Mr. Hirose, are insufficient to constitute an “attempt to sell” in law.

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* reads:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Ltd. à Vancouver. Au cours d’une conversation avec M. Katsu Hirose, propriétaire de Seaborn Enterprises Ltd., ils lui ont demandé s’il était «intéressé» à se procurer de la rogue de hareng sur varech. Ce dernier leur a répondu qu’il n’achetait pas ce produit à des autochtones. À leur sortie de l’établissement, les appellants, qui avaient été surveillés par des agents des pêches tout au long de l’opération, ont été arrêtés, et les 4 200 livres de rogue de hareng sur varech ont été saisies. Au moment de son arrestation, l’appelant William Gladstone a exhibé un permis de pêche de subsistance des Indiens l’autorisant à récolter 500 livres de rogue de hareng sur varech.

À la date où les appelants ont été inculpés, le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* était ainsi rédigé:

20. . . .

(3) Il est interdit à quiconque d’acheter, de vendre, d’échanger ou de tenter d’acheter, de vendre ou d’échanger de la rogue de hareng sur varech, à moins que celle-ci n’ait été prise ou recueillie en vertu d’un permis de catégorie J.

Les appelants n’ont pas contesté les faits essentiels de l’affaire. Essentiellement, les appelants font valoir pour leur défense que, dans les circonstances de la présente affaire, les règlements violent leurs droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de sorte qu’en vertu de l’art. 52 de cette loi ces règlements sont inopérants à leur égard. Ils soutiennent en outre que les faits concernant le transport de la rogue de hareng sur varech et la conversation avec M. Hirose sont insuffisants pour constituer, en droit, une «tentative de vente».

Voici le texte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

3

4

5

II. Judgments Below

Provincial Court, Lemiski Prov. Ct. J.

6 At trial the appellants made a series of technical arguments related to the Crown's proof of the essential elements of the offences with which they were charged. The appellants also argued that the conditions placed on fishing licences constituted improper delegation and that the regulations were *ultra vires* the federal government. None of these arguments was successful at trial and they have all, with one exception, been abandoned on the appeal to this Court. As noted, the appellants have maintained their position that the facts do not support the Crown's contention that the appellants engaged in an "attempt to sell" herring spawn on kelp. The trial judge rejected this argument, holding that "the evidence of an 'attempt to sell' is overwhelming".

7 The appellants also argued at trial that, if they did attempt to sell herring spawn on kelp, they did so pursuant to an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge accepted this argument, finding as a matter of fact that the Heiltsuk people "continuously traded spawn on kelp over the years to the present time". The trial judge held, further, that this right had not been extinguished. Although regulations passed since 1927 had curtailed the herring spawn on kelp fishery, the trial judge cited *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1099, for the proposition that these regulations were "simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights"; given that this was the case, the trial judge held that the Crown had not demonstrated a clear and plain intention to extinguish the aboriginal right of the appellants to trade in herring spawn on kelp.

8 The trial judge held that the aboriginal rights of the appellants were infringed by the regulations. He held that it was unreasonable to limit the appel-

II. Décisions des juridictions inférieures

Cour provinciale, le juge Lemiski

Au procès, les appelants ont présenté une série d'arguments de forme concernant la preuve produite par le ministère public pour établir les éléments essentiels des infractions reprochées. Ils ont aussi prétendu que les conditions dont les permis de pêche étaient assortis constituaient une délégation irrégulière et que les règlements outrepassaient les pouvoirs du gouvernement fédéral. Aucun de ces arguments n'a été retenu au procès et tous, sauf un, ont été abandonnés dans le cadre du présent pourvoi. Comme il a déjà été souligné, les appelants continuent d'affirmer que les faits n'étaient pas la prétention du ministère public qu'ils ont «tenté de vendre» de la rogue de hareng sur varech. Le juge du procès a rejeté cet argument, statuant que [TRADUCTION] «la preuve de la «tentative de vente» est accablante».

Au procès, les appelants ont également plaidé que si, effectivement, ils ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech, ils l'ont fait conformément à un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a accepté cet argument, statuant, en tant que conclusion de fait, que les Heiltsuk [TRADUCTION] «avaient continuellement échangé de la rogue de hareng sur varech au fil des ans, et ce jusqu'à nos jours». Il a en outre conclu que ce droit n'avait pas été éteint. Même si des règlements pris depuis 1927 ont eu pour effet de restreindre la récolte de la rogue de hareng sur varech, le juge du procès s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1099, pour déclarer que les règlements en cause étaient «simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents»; étant donné ce fait, le juge du procès a statué que le ministère public n'avait pas établi l'existence d'une intention claire et expresse d'éteindre le droit ancestral des appelants de faire le commerce de la rogue de hareng sur varech.

Le juge du procès a décidé que les droits ancestraux des appelants avaient été violés par les règlements. Il a conclu qu'il était déraisonnable de res-

lants' rights, that the regulations had the potential to cause hardship to the appellants and that the regulations interfered with the appellants' preferred means of exercising their aboriginal rights, with the result that the *Sparrow* test for infringement had been met.

The trial judge held, however, that the infringement of the appellants' aboriginal rights was justified. He held that the Crown had demonstrated a valid legislative objective in so far as there was a potential conservation concern with the herring spawn on kelp fishery. Further, he held that while the infringement of the appellants' rights was excessive in relation to the legislative objective, there had been consultation with the Native Brotherhood of B.C. In sum, he held that given the difference between the appellants' actions and the aboriginal right they claimed to be acting pursuant to, the interference with their actions by the regulations was a justifiable interference with their rights. In the result, the trial judge convicted the appellants on both counts.

British Columbia Supreme Court, Anderson J. (1991), 13 W.C.B. (2d) 601

The appellants were partially successful on appeal to the British Columbia Supreme Court. Anderson J. held that the facts as found by the trial judge, while supporting the appellants' conviction for attempting to sell herring spawn on kelp in violation of s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, did not support the appellants' conviction for offering to sell herring spawn on kelp in violation of s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. What the appellants said to Mr. Hirose was only an invitation to treat, not an offer to sell.

Anderson J. agreed with the trial judge that the effect of the regulations on the appellants' s. 35(1) rights was insufficient to invalidate the application of those regulations to the appellants. While he agreed with the trial judge that there was a tradi-

treindre les droits des appelants, que les règlements étaient susceptibles d'être indûment rigoureux et qu'ils privaient les appelants de leur moyen préféré d'exercer leurs droits ancestraux, de sorte que le critère énoncé dans *Sparrow* pour déterminer l'existence d'une atteinte avait été respecté.

Le juge du procès a toutefois conclu que l'atteinte aux droits ancestraux des appelants était justifiée. Il a statué que le ministère public avait démontré l'existence d'un objectif législatif régulier, dans la mesure où il existait un problème potentiel de conservation en ce qui concerne la rogue de hareng sur varech. De plus, il a jugé que, même si l'atteinte aux droits des appelants était excessive par rapport à l'objectif législatif, la Native Brotherhood of B.C. avait néanmoins été consultée. En somme, il a conclu que, vu la différence entre les activités des appelants et le droit ancestral en vertu duquel ils prétendaient avoir agi, la restriction apportée à leurs activités par les règlements était une atteinte justifiable à leurs droits. En conséquence, le juge du procès a déclaré les appelants coupables des deux chefs.

Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Anderson (1991), 13 W.C.B. (2d) 601

Les appelants ont eu partiellement gain de cause en appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le juge Anderson a statué que même si les faits constatés par le juge du procès étaient la déclaration de culpabilité des appelants coupables à l'égard de la tentative de vente de rogue de hareng sur varech, infraction prévue au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, ils n'appuyaient pas leur déclaration de culpabilité à l'accusation d'avoir offert ce produit, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Les propos des appelants à M. Hirose étaient seulement une invitation à traiter ensemble, non une offre de vente.

Le juge Anderson a dit être d'accord avec le juge du procès que l'effet des règlements sur les droits des appelants était insuffisant pour invalider leur application à ces derniers. Même si, à l'instar du juge du procès, il a conclu à l'existence d'un

9

10

11

tional right to trade herring spawn on kelp, and that that right had not been extinguished, he held, in disagreement with the trial judge, that the fisheries regulations did not infringe the appellants' aboriginal rights. He held that the right of the appellants was not an "absolute and unfettered right to harvest herring spawn in any quantity and to sell the spawn so harvested commercially". The extent of the transaction to be engaged in by the appellants was inconsistent with the aboriginal rights on which they relied. The aboriginal right to trade in herring spawn on kelp is preserved by the operation of the Indian food fishing licences and by the Category J licence issued to the Heiltsuk Band; the limitation of the herring spawn on kelp fishery beyond what is permitted by the regulations cannot be said to be an infringement of the appellants' aboriginal rights.

- 12 Anderson J. thus allowed the appeal in respect of the appellants' conviction for violating s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* but dismissed the appeal of the appellants' conviction for violating s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. The Crown has not appealed Anderson J.'s decision allowing the appeal of the appellants on the s. 27(5) issue.

British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133

- 13 Hutcheon J.A., writing for a majority of the Court on this issue, rejected the appellants' argument that the Crown had failed to prove the essential elements of the offence of an attempt to sell herring spawn on kelp. Hutcheon J.A. held at para. 13, that the distinction between mere preparation and an attempt to sell is a "matter of 'common sense'" and that, in this case, the evidence was sufficient to demonstrate that the appellants had been guilty of an attempt to sell. Hutcheon J.A. also rejected the appellants' argument that the regulations, in these circumstances, constituted an unconstitutional violation of their s. 35(1) rights. Hutcheon J.A. agreed with the trial judge that the appellants had demonstrated an aboriginal right to

droit traditionnel d'échanger de la rogue de hareng sur varech et à la non-extinction de ce droit, il a statué, au contraire du juge du procès, que les règlements de pêche ne portaient pas atteinte aux droits ancestraux des appelants. Il a conclu que le droit des appelants n'était pas un [TRADUCTION] «droit absolu et illimité de récolter n'importe quelle quantité de rogue de hareng et de vendre cette récolte commercialement». L'ampleur de l'opération que les appelants entendaient réaliser était incompatible avec les droits ancestraux qu'ils ont invoqués. Le droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech est préservé par l'effet des permis de pêche de subsistance des Indiens et par les permis de catégorie J délivrés à la bande des Heiltsuk. L'interdiction de récolter plus de rogue de hareng sur varech que la quantité permise par règlement ne peut être considérée comme une atteinte aux droits ancestraux des appelants.

Le juge Anderson a donc fait droit à l'appel formé par les appelants contre la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, mais il a rejeté leur appel quant à celle fondée sur le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Le ministère public n'a pas fait appel de la décision du juge Anderson accueillant l'appel formé par les appelants sur la question touchant le par. 27(5).

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133

S'exprimant sur ce point au nom des juges de la majorité, le juge Hutcheon a rejeté l'argument des appelants que le ministère public n'avait pas prouvé les éléments essentiels de l'infraction de tentative de vente de rogue de hareng sur varech. Il a statué, au par. 13, que la distinction entre la simple préparation en vue de la vente et la tentative de vendre est [TRADUCTION] «affaire de «bon sens»», et que, en l'espèce, la preuve était suffisante pour établir que les appelants étaient coupables de tentative de vente. Le juge Hutcheon a également rejeté l'argument des appelants que, dans ces circonstances, les règlements constituaient une violation inconstitutionnelle des droits qui leur sont garantis par le par. 35(1). Il a été d'avis, tout comme le juge

trade herring spawn on kelp and that the actions of the appellant were, given the historical evidence demonstrating extensive trade by the Heiltsuk prior to contact, consistent with the aboriginal right asserted. He also agreed with the trial judge that the regulations constituted a *prima facie* interference with the aboriginal right to trade herring spawn on kelp but that that interference with the appellants' rights was justified.

Hutcheon J.A.'s reasons for upholding the interference with the appellants' rights as justified were different than those of the trial judge. Hutcheon J.A. held that the trial judge was in error in so far as he relied on the appellants' actions rather than on the impact of the regulations on the appellants. Considering the regulatory scheme itself, Hutcheon J.A. held that the consultation with the Native Indian Brotherhood of B.C., and the allocation of herring spawn on kelp to the Heiltsuk Band, demonstrated that the Crown had fulfilled its responsibility to the Heiltsuk and had not, as such, engaged in an unjustified interference with the appellants' aboriginal rights.

Macfarlane J.A., writing for himself and two others, agreed with Hutcheon J.A.'s disposition of the appellants' argument that the Crown had failed to demonstrate the essential elements of the offence. He disagreed, however, with Hutcheon J.A.'s analysis of the appellants' s. 35(1) arguments. In Macfarlane J.A.'s view, the appellants failed to demonstrate that the Heiltsuk Band had an aboriginal right to sell herring spawn on kelp commercially. Macfarlane J.A. held that the facts as found by the trial judge did not demonstrate that the trade of herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk. In Macfarlane J.A.'s view, at para. 50, "the quality and character of the activity in aboriginal times was quite different from that disclosed by the evidence in this case". Macfarlane J.A. also held, however, that if he were incorrect, and an aboriginal right to trade in herring spawn on kelp existed,

du procès, que les appelants avaient établi l'existence d'un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech et que, compte tenu de la preuve historique démontrant qu'il y avait des échanges importants de ce produit par les Heiltsuk avant le contact avec les Européens, leurs activités étaient compatibles avec le droit ancestral revendiqué. Il a aussi partagé l'avis de ce dernier que les règlements constituaient une atteinte à première vue au droit ancestral des appelants d'échanger de la rogue de hareng sur varech, mais que cette atteinte était justifiée.

Le juge Hutcheon a conclu que l'atteinte aux droits des appelants était justifiée, mais pour des motifs différents de ceux du juge du procès. Il a jugé que ce dernier avait commis une erreur en s'appuyant sur les actions des appelants plutôt que sur l'effet des règlements sur ceux-ci. Prenant en considération le régime de réglementation lui-même, le juge Hutcheon a statué que les consultations menées auprès de la Native Indian Brotherhood of B.C. et l'attribution de rogue de hareng sur varech à la bande des Heiltsuk établissaient que l'État s'était acquitté de sa responsabilité envers les Heiltsuk et n'avait pas, par le fait même, porté une atteinte injustifiée aux droits ancestraux des appelants.

Le juge Macfarlane, au nom de deux autres juges, a souscrit à la conclusion du juge Hutcheon sur l'argument des appelants que le ministère public n'avait pas prouvé les éléments essentiels de l'infraction. Il a cependant dit être en désaccord avec l'analyse faite par le juge Hutcheon des arguments des appelants fondés sur le par. 35(1). De l'avis du juge Macfarlane, les appelants n'ont pas démontré que la bande des Heiltsuk avait un droit ancestral de vendre commercialement de la rogue de hareng sur varech. Il a conclu que les faits constatés par le juge du procès n'établissaient pas que l'échange de rogue de hareng sur varech faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. À son avis, au par. 50, [TRADUCTION] «les activités exercées aux temps des aborigènes étaient très différentes, de par leur qualité et leur nature, de celles révélées par la preuve en l'espèce». Toutefois, le juge Macfarlane a également

14

15

he would agree with Hutcheon J.A. that the Crown had met the burden of proof on the question of justification.

statué que, s'il avait tort et qu'il existait un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech, il serait d'accord avec le juge Hutcheon que le ministère public s'était acquitté de la charge de la preuve sur la question de la justification.

16 Lambert J.A. dissented. In his view, at para. 79, the appellants had an aboriginal right to trade herring spawn "in quantities measured in tons" which, he held, had been infringed by the fisheries regulations. Lambert J.A. held that this infringement was not justified. First, the herring spawn on kelp fishery, because not involving the death of the female fish as occurs in the herring roe fishery, does not create any conservation concerns beyond those dealt with in the regulation of the herring roe fishery. Second, the band was not compensated for what is, in effect, a confiscation of the herring spawn on kelp fishery. Finally, the only consultation that took place was with the Native Indian Brotherhood of B.C., not with the Heiltsuk Band itself; such consultation was inadequate to support the government's claim that the regulations were justified.

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Au par. 79, il a dit être d'avis que les appelants possédaient un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech [TRADUCTION] «en quantités mesurables en tonnes», droit qui, a-t-il conclu, avait été violé par les règlements de pêche. Il a jugé que cette atteinte n'était pas justifiée. Premièrement, comme la récolte de la rogue de hareng sur varech n'entraîne pas la mort de la femelle, contrairement à la pêche du hareng prêt à frayer, la première activité ne crée pas d'autres problèmes de conservation que ceux visés par la réglementation de la pêche du hareng prêt à frayer. Deuxièmement, la bande n'a pas été indemnisée pour ce qui est, en fait, une confiscation de la récolte de la rogue de hareng sur varech. Troisièmement, seule la Native Indian Brotherhood of B.C. a été consultée et non la bande des Heiltsuk. Ces consultations sont insuffisantes pour étayer la prétention du ministère public que les règlements étaient justifiés.

III. Grounds of Appeal

III. Moyens d'appel

17 Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994. The following constitutional question was stated:

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994. La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants 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 the appellants?

Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

The appellants appealed on the basis that the courts below were in error in holding that the actions of the appellants were sufficient to constitute an attempt to sell in law. The appellants also appealed on the basis that, given that the evidence presented at trial demonstrated the extent and significance of Heiltsuk trading activities, the Court of Appeal erred in holding that the appellants do not have an

Les appelants se pourvoient pour le motif que les juridictions inférieures ont fait erreur en statuant que leurs actions étaient suffisantes pour constituer en droit une tentative de vente. Ils ont aussi fait valoir que, comme la preuve présentée au procès établissait l'ampleur et l'importance des activités d'échange des Heiltsuk, la Cour d'appel avait commis une erreur en décidant que les appelants ne

aboriginal right to trade and sell herring spawn on kelp. The appellants argued further that because the regulations constituted a total ban on the sale of any herring spawn on kelp, the Court of Appeal erred in not finding a *prima facie* infringement of the appellants' aboriginal rights. Finally, the appellants argued that the Crown did not adduce sufficient evidence to support its assertion that the regulations fulfilled a conservation objective and that the Crown had failed to fulfil its fiduciary obligation to the Heiltsuk Band, with the result that the Court of Appeal erred in finding that any infringement which did exist was justified.

IV. Analysis

Attempt to Sell

Before turning to the heart of the appellants' case — the argument that their convictions constitute an unjustifiable infringement of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) — it is necessary to dispose of their argument that the facts do not demonstrate an "attempt to sell" as required by s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. The basis of the appellants' position is that because the Crown only provided evidence to show that the appellants asked Mr. Hirose if he was "interested" in herring spawn on kelp, without providing any evidence that the appellants had discussed the quantity, quality, price or delivery date of the herring spawn on kelp with Mr. Hirose, the Crown only demonstrated that the appellants had engaged in preparation for an attempt to sell; the Crown did not demonstrate that the appellants had actually attempted to sell herring spawn on kelp to Mr. Hirose.

This argument is without merit. In *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2, Le Dain J., writing for a unanimous Court on this issue, discussed the distinction between an attempt and mere preparation at pp. 22-23:

It has been frequently observed that no satisfactory general criterion has been, or can be, formulated for drawing the line between preparation and attempt, and that

possédaient pas le droit ancestral de vendre et d'échanger de la rogue de hareng sur varech. Les appelants ont aussi soutenu que, parce que le règlement interdit totalement la vente de ce produit, la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas à une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux. Enfin, ils ont plaidé que le ministère public n'a pas présenté une preuve suffisante pour étayer son assertion que le règlement répondait à un objectif de conservation et que Sa Majesté ne s'était pas acquittée de son obligation de fiduciaire envers la bande des Heiltsuk, de sorte que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que toute atteinte effectivement portée était justifiée.

IV. Analyse

Tentative de vente

Avant d'arriver au cœur de la thèse des appelants — l'argument que leurs déclarations de culpabilité constituent une atteinte injustifiable à leurs droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) — il est nécessaire de statuer sur leur argument que les faits n'établissent pas qu'il y a eu «tentative de vente» au sens du par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Cet argument repose sur ce qui suit: comme le ministère public a uniquement présenté des éléments de preuve visant à établir que les appelants avaient demandé à M. Hirose s'il était «intéressé» à se procurer de la rogue de hareng sur varech, sans apporter la preuve qu'ils avaient discuté avec ce dernier de la quantité, de la qualité, du prix ou de la date de livraison du produit, le ministère public a simplement démontré que les appelants avaient fait des préparatifs en vue d'une tentative de vente, et non que ceux-ci avaient effectivement tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech à M. Hirose.

Cet argument n'est pas fondé. Dans l'arrêt *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2, le juge Le Dain, exprimant la décision unanime de la Cour sur ce point, a examiné la distinction entre la tentative et la simple préparation, aux pp. 22 et 23:

On a souvent fait remarquer qu'aucun critère général satisfaisant n'a été ou ne peut être formulé pour tracer la ligne de démarcation entre la préparation et la tentative

the application of this distinction to the facts of a particular case must be left to common sense judgment. . . . Despite academic appeals for greater clarity and certainty in this area of the law I find myself in essential agreement with this conclusion.

In my opinion the distinction between preparation and attempt is essentially a qualitative one, involving the relationship between the nature and quality of the act in question and the nature of the complete offence, although consideration must necessarily be given, in making that qualitative distinction, to the relative proximity of the act in question to what would have been the completed offence, in terms of time, location and acts under the control of the accused remaining to be accomplished.

In this case the facts as found by the trial judge clearly demonstrate that the appellants attempted to sell herring spawn on kelp to Mr. Hirose. The appellants arranged for the shipment of the herring spawn on kelp to Vancouver, they took a sample of the herring spawn on kelp to Mr. Hirose's store and they specifically asked Mr. Hirose if he was "interested" in herring spawn on kelp. The appellants' actions have sufficient proximity to the acts necessary to complete the offence of selling herring spawn on kelp to move those actions beyond mere preparation to an actual attempt. I would note here that the appellants have not disputed the facts as found by the trial judge and that the courts below were unanimous in finding that the actions of the appellant were sufficient to amount to an attempt to sell.

Section 35(1) of the Constitution Act, 1982

20

In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J., writing for a unanimous court, held that an analysis of a claim under s. 35(1) has four steps: first, the court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an aboriginal right; second, a court must determine whether that right was extinguished prior to the enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*; third, a court must determine whether that right has been infringed; finally, a court must determine whether that infringement was justified.

et que l'application de cette distinction aux faits d'une affaire en particulier devait être une question de jugement fondé sur le bon sens. [. . .] Malgré les demandes des auteurs de doctrine pour plus de clarté et plus de certitude dans ce domaine du droit, je suis essentiellement d'accord avec cette conclusion.

À mon avis, la distinction entre la préparation et la tentative est essentiellement qualitative et met en jeu le lien entre la nature et la qualité de l'acte en question et la nature de l'infraction complète, bien qu'il faille nécessairement examiner, en faisant cette distinction qualitative, la proximité relative de l'acte en question avec ce qui aurait constitué une infraction complète, sous l'angle du temps, du lieu et des actes sous le contrôle de l'accusé qui restent à être accomplis.

En l'espèce, les faits constatés par le juge du procès établissent clairement que les appelants ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech à M. Hirose. Ils ont fait transporter de la rogue de hareng sur varech à Vancouver, ils en ont apporté un échantillon au magasin de M. Hirose et ils lui ont expressément demandé s'il était «intéressé» à s'en procurer. Les actions des appelants sont suffisamment proches de celles requises pour qu'il y ait perpétration de l'infraction de vente de rogue de hareng sur varech, de sorte qu'elles dépassent la simple préparation et constituent une tentative véritable. Je souligne ici que les appelants n'ont pas contesté les faits constatés par le juge du procès, et que les juridictions inférieures ont toutes conclu que les actions des appelants étaient suffisantes pour constituer une tentative de vente.

Le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982

Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont rédigé la décision unanime de la Cour et statué que l'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1) comporte quatre volets: premièrement, le tribunal doit déterminer si le requérant a prouvé qu'il exerçait un droit ancestral; deuxièmement, il doit déterminer s'il y a eu extinction de ce droit avant l'édiction du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit; enfin, il doit déterminer si l'atteinte était justifiée.

This judgment will undertake the analysis required for the four steps of the *Sparrow* framework, taking into account the elaboration of that framework in the cases 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. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, all of which were heard contemporaneously with this appeal. I will also undertake to clarify the *Sparrow* framework as is required in order to apply that framework to the different circumstances of this appeal.

Definition

This appeal, like those heard contemporaneously in *N.T.C. Smokehouse* and *Van der Peet*, requires the Court to consider the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In this case it must be determined whether the appellants Donald and William Gladstone can, on the basis of the test laid out in *Van der Peet*, claim to have been acting pursuant to an aboriginal right when they attempted to sell herring spawn on kelp to Seaborn Enterprises Ltd. In *Van der Peet* the Court held, at para. 46, that to be recognized as 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”. Thus, the appellants in this case must demonstrate that their attempt to sell herring spawn on kelp was an element of a practice, custom, or tradition integral to the distinctive culture of the Heiltsuk Band.

The first step in applying the *Van der Peet* test is the determination of 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 argued to infringe the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right. At this stage of the analysis the Court is, in essence, determining what the appellants will have to demonstrate to be an aboriginal right in order for the activities they were engaged in to be encompassed by s. 35(1). There is no point in the

Dans le présent jugement, je vais appliquer le cadre d'analyse en quatre volets exposé dans *Sparrow* et explicité dans 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. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, qui ont tous été entendus en même temps que le présent appel. Je vais également clarifier ce cadre d'analyse, dans la mesure nécessaire pour l'appliquer aux circonstances différentes de la présente espèce.

Définition

Dans le cadre du présent pourvoi, tout comme dans ceux entendus en même temps, *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, notre Cour est tenue d'examiner la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, il faut déterminer si les appellants Donald et William Gladstone peuvent, sur le fondement du critère énoncé dans *Van der Peet*, affirmer qu'ils exerçaient un droit ancestral quand ils ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech à Seaborn Enterprises Ltd. Dans *Van der Peet*, notre Cour a statué, au par. 46, que, pour être reconnue comme 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». Par conséquent, en l'espèce, les appellants doivent démontrer que leur tentative de vendre de la rogue de hareng sur varech était un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de la bande des Heiltsuk.

La première étape dans l'application du critère énoncé dans *Van der Peet* consiste à déterminer la nature précise de la revendication des appellants, compte tenu de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait, affirme-t-on, été accompli en vertu d'un droit ancestral, le règlement gouvernemental qui, prétend-on, violerait ce droit, et la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit revendiqué. À cette étape de l'analyse, notre Cour détermine essentiellement en quoi consiste le droit ancestral dont les appellants doivent établir l'existence pour que leurs activités soient

21

22

23

appellants' being shown to have an aboriginal right unless that aboriginal right includes the actual activity they were engaged in; this stage of the *Van der Peet* analysis ensures that the Court's inquiry is tailored to the actual activity of the appellants.

24 This case, like *N.T.C. Smokehouse*, potentially creates problems at the characterization stage. The actions of the appellants, like the actions of the members of the Sheshaht and Opetchesah bands in *N.T.C. Smokehouse*, appear to be best characterized as the commercial exploitation of herring spawn on kelp. By contrast, the regulations under which the appellants were charged, like the regulations at issue in *N.T.C. Smokehouse*, prohibit all sale or trade in herring spawn on kelp without a Category J licence, appear, therefore, to be best characterized as aimed at the exchange of herring spawn on kelp for money or other goods, regardless of whether the extent or scale of that sale or trade could reasonably be characterized as commercial in nature. The means to resolve this difficulty in characterization, as was the case in *N.T.C. Smokehouse*, is by addressing both possible characterizations of the appellants' claim. This judgment will thus consider first, whether the appellants can demonstrate that the Heiltsuk Band has an aboriginal right to exchange herring spawn on kelp for money or other goods and will then go on to consider, second, whether the appellants have demonstrated the further aboriginal right of the Heiltsuk Band to sell herring spawn on kelp to the commercial market.

25 The second step in the *Van der Peet* test requires the Court to determine whether the practice, custom or tradition claimed to be an aboriginal right was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the particular aboriginal people in question. The Court must thus, as has just been noted, determine in this

visées par le par. 35(1). Il ne sert à rien d'établir que les appelants possèdent un droit ancestral si ce droit n'englobe pas l'activité concrète à laquelle ils s'adonnaient. Cette étape de l'analyse établie dans *Van der Peet* fait en sorte que l'examen de notre Cour est adapté à l'activité concrète exercée par les appelants.

Dans la présente affaire, tout comme dans *N.T.C. Smokehouse*, des problèmes risquent de se poser à l'étape de la caractérisation. Il semble que, comme dans le cas des actes des membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesah dans *N.T.C. Smokehouse*, la meilleure façon de caractériser les actes des appelants est de considérer qu'il s'agit de l'exploitation commerciale de la rogue de hareng sur varech. Par contraste, comme il interdit complètement la vente ou l'échange de rogue de hareng sur varech qui n'a pas été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J, il convient de caractériser le règlement en vertu duquel les appelants ont été inculpés, à l'instar de celui en cause dans *N.T.C. Smokehouse*, de règlement visant l'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens, peu importe que l'ampleur ou l'étendue des activités de vente et d'échange puissent raisonnablement être caractérisées comme étant de nature commerciale. Comme dans *N.T.C. Smokehouse*, le moyen de résoudre ce problème de caractérisation réside dans l'examen des deux façons possibles de caractériser la revendication des appelants. Aussi, dans le présent jugement, se demandera-t-on, dans un premier temps, si les appelants sont en mesure de démontrer que la bande des Heiltsuk possède le droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens, et, dans un deuxième temps, si les appelants ont fait la preuve que la bande des Heiltsuk a aussi le droit ancestral de vendre ce produit sur le marché commercial.

Conformément à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer si la coutume, pratique ou tradition qui, prétend-on, est un droit ancestral faisait, avant le contact avec les Européens, partie intégrante de la société autochtone distinctive du groupe particulier d'autochtones en cause. En l'espèce, notre Cour

case whether the exchange of herring spawn on kelp for money or other goods, and/or the sale or trade of herring spawn on kelp in the commercial marketplace, were, prior to contact, defining features of the distinctive culture of the Heiltsuk.

The facts as found by the trial judge, and the evidence on which he relied, support the appellants' claim that exchange of herring spawn on kelp for money or other goods was a central, significant and defining feature of the culture of the Heiltsuk prior to contact. Moreover, those facts support the appellants' further claim that the exchange of herring spawn on kelp on a scale best characterized as commercial was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk. In his reasons Lemiski Prov. Ct. J. summarized his findings of fact as follows:

It cannot be disputed that hundreds of years ago, the Heiltsuk Indians regularly harvested herring spawn on kelp as a food source. The historical/anthropological records readily bear this out.

I am also satisfied that this Band engaged in inter-tribal trading and barter of herring spawn on kelp. The exhibited Journal of Alexander McKenzie [*sic*] dated 1793 refers to this trade and the defence lead [*sic*] evidence of several other references to such trade.

The Crown conceded that there may have been some incidental local trade but questions its extent and importance. The very fact that early explorers and visitors to the Bella Bella region noted this trading has to enhance its significance. All the various descriptions of this trading activity are in accord with common sense expectations. Obviously one would not expect to see balance sheets and statistics in so primitive a time and setting. [Emphasis added.]

There was extensive evidence presented at trial to support Lemiski Prov. Ct. J.'s findings. In the journal of Alexander Mackenzie, referred to by the trial judge, is the following entry from 1793:

doit donc décider, comme je viens de l'indiquer, si l'échange de rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens, ou encore si la vente ou l'échange de ce produit sur le marché commercial étaient, avant le contact avec les Européens, des caractéristiques déterminantes de la culture distinctive des Heiltsuk.

Les faits constatés par le juge du procès, ainsi que la preuve sur laquelle il s'est appuyé étayent la prétention des appelants que l'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens était une caractéristique fondamentale, importante et déterminante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens. De plus, ces faits appuient aussi la thèse des appelants que l'échange de la rogue de hareng sur varech, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. Dans ses motifs, le juge Lemiski de la Cour provinciale a résumé ainsi ses conclusions de fait:

[TRADUCTION] Il est incontestable qu'il y a des siècles, les Indiens Heiltsuk récoltaient régulièrement la rogue de hareng sur varech comme source de nourriture. C'est un fait dont la réalité est attestée par les documents historiques et anthropologiques.

Je suis également convaincu que la bande échangeait cette denrée avec d'autres tribus. Le journal d'Alexander McKenzie [*sic*] datant de 1793, qui a été versé en preuve, fait mention de ces échanges et la défense a présenté des éléments de preuve faisant état de nombreuses autres mentions de ces échanges.

Le ministère public a concédé qu'il a pu y avoir certains échanges accessoires, mais il a mis en doute leur ampleur et leur importance. Le fait même que les premiers explorateurs et visiteurs de la région de Bella Bella aient noté ces échanges en accentuant l'importance. Les diverses descriptions faites de ces activités d'échange concordent avec ce à quoi on peut logiquement s'attendre. Il va de soi que personne ne s'attend à trouver des bilans et des statistiques à une époque et en des lieux aussi primitifs. [Je souligne.]

Les conclusions du juge Lemiski sont fondées sur l'abondante preuve produite au procès. Dans le journal d'Alexander Mackenzie, dont a fait état le juge du procès, on lit le passage suivant datant de 1793:

26

27

The Indians who had caused us so much alarm, we now discovered to be inhabitants of the islands, and traders in various articles, such as cedar-bark, prepared to be wove [*sic*] into mats, fish-spawn, copper, iron, and beads, the latter of which they get on their own coast. For these they receive in exchange roasted salmon, hemlock-bark cakes, and the other kind made of salmon roes, sorrel, and bitter berries. [Emphasis added.]

Similarly, the journal of Dr. William Tolmie, a fur trader, includes the following entry for April 16, 1834:

From 15 to 20 large canoes of Wacash's people passed on their way to the Caughquil country — the canoes were laden with boxes, hampers &c filled with dried herring spawn, which they are to barter for Oolaghens — the covers of their boxes are fitted similarly to that of a bandbox — hampers small & twisted of cedar bark. [Emphasis added.]

The defence expert, Dr. Barbara Lane, whose testimony was accepted by the trial judge, said in her report on the culture of the Heiltsuk people:

Pacific herring spawn only in certain locations. Consequently, some native groups had access to quantities of spawn beyond their needs and others had access to little or no spawn. This partly explains the extensive trade in spawn among native groups along the coast. Tons of spawn were transported by canoe from districts with good spawning areas to places not so favored.

After the spawn was processed, flotillas of freight canoes carrying tons of spawn product travelled between districts carrying boxes and hampers. These canoes travelled for trading purposes from one tribe to another and were under the direction of their respective chiefs. [Emphasis added.]

All of this evidence supports the position of the appellants that, prior to contact, exchange and trade in herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk.

[TRADUCTION] Nous avons découvert que les Indiens qui nous avaient causé tant d'inquiétude habitaient les îles et échangeaient divers articles tels que l'écorce de thuya, préparée en vue du tressage de nattes, les œufs de poisson, le cuivre, le fer et les billes décoratives, celles-ci étant recueillies sur leur propre côte. En retour, ils reçoivent du saumon grillé, des gâteaux d'écorce de pruche, ainsi que l'autre sorte faite d'œufs de saumon, d'oseille et de shépherdie du Canada. [Je souligne.]

De même, le journal de William Tolmie, qui faisait la traite des fourrures, renferme l'inscription suivante datée du 16 avril 1834:

[TRADUCTION] Nous avons croisé de 15 à 20 grands canots transportant des Wacash en route vers le pays des Caughquil — les canots étaient chargés de boîtes, de paniers, etc., remplis d'œufs de hareng séchés, destinés à être échangés aux Oolaghens — les couvercles des boîtes sont fixés à la façon des couvercles des cartons à chapeau — les paniers sont petits et faits d'écorce de thuya tressée. [Je souligne.]

L'expert cité par la défense, Barbara Lane, dont le témoignage a été accepté par le juge du procès, a déclaré ceci dans son rapport sur la culture des Heiltsuk:

[TRADUCTION] Le hareng du Pacifique fraie seulement dans certains endroits. Par conséquent, alors que certains groupes autochtones avaient accès à des sources d'œufs qui dépassaient leurs besoins, d'autres groupes n'avaient que peu ou pas accès à cette ressource. Cela explique en partie les échanges importants d'œufs que pratiquaient entre eux les groupes autochtones le long de la côte. Des tonnes d'œufs étaient transportés par canot des districts riches en œufs aux lieux moins favorisés.

Après que les œufs avaient été traités, des flotilles de canots à marchandises transportant des tonnes d'œufs voyageaient d'un district à l'autre, chargés de boîtes et de paniers. Ces canots se déplaçaient, à des fins d'échanges, d'une tribu à l'autre, suivant les ordres des différents chefs. [Je souligne.]

Tous ces éléments de preuve étayaient la thèse des appelants que, avant le contact avec les Européens, l'échange de roque de hareng sur varech faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk.

In *Van der Peet*, at para. 62, this Court held that a claimant to an aboriginal right need not provide direct evidence of pre-contact activities to support his or her claim, but need only provide evidence which is “directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights”. In *Van der Peet* this was described as the requirement of “continuity” — the requirement that a practice, custom or tradition which is integral to the aboriginal community now be shown to have continuity with the practices, customs or traditions which existed prior to contact. The evidence presented in this case, accepted by the trial judge and summarized above, is precisely the type of evidence which satisfies this requirement. The appellants have provided clear evidence from which it can be inferred that, prior to contact, Heiltsuk society was, in significant part, based on such trade. The Heiltsuk were, both before and after contact, traders of herring spawn on kelp. Moreover, while to describe this activity as “commercial” prior to contact would be inaccurate given the link between the notion of commerce and the introduction of European culture, the extent and scope of the trading activities of the Heiltsuk support the claim that, for the purposes of s. 35(1) analysis, the Heiltsuk have demonstrated an aboriginal right to sell herring spawn on kelp to an extent best described as commercial. The evidence of Dr. Lane, and the diary of Dr. Tolmie, point to trade of herring spawn on kelp in “tons”. While this evidence relates to trade post-contact, the diary of Alexander Mackenzie provides the link with pre-contact times; in essence, the sum of the evidence supports the claim of the appellants that commercial trade in herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk prior to contact.

Dans *Van der Peet*, au par. 62, notre Cour a décidé que la personne qui revendique un droit ancestral n’a pas à produire de preuve directe d’activités antérieures au contact avec les Européens pour appuyer sa revendication, mais seulement une preuve qui «tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d’avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions dont l’origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens». Dans *Van der Peet*, la notion de «continuité» a été utilisée pour définir cette exigence — savoir l’obligation de démontrer qu’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante aujourd’hui de la culture distinctive de la collectivité autochtone marque une continuité avec des coutumes, pratiques ou traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. La preuve présentée en l’espèce, acceptée par le juge du procès et résumée précédemment est précisément le type de preuve qui satisfait à cette exigence. Les appelants ont fourni une preuve claire, qui permet d’inférer que, avant le contact avec les Européens, la société heiltsuk comptait, dans une large mesure, sur ce type d’échanges. Les Heiltsuk, tant avant qu’après le contact avec les Européens, échangeaient la rogue de hareng sur varech. De plus, bien qu’il ne serait pas exact de qualifier cette activité de «commerciale», étant donné le lien entre la notion de commerce et l’introduction de la culture européenne, l’ampleur et la portée des activités d’échange des Heiltsuk étayaient la prétention que, aux fins de l’analyse fondée sur le par. 35(1), les Heiltsuk ont démontré l’existence d’un droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech sur une échelle qu’il convient de qualifier de commerciale. Le témoignage de M^{me} Lane et le journal de M. Tolmie font état d’échanges de rogue de hareng sur varech mesurables en «tonnes». Quoique cette preuve concerne les échanges postérieurs au contact avec les Européens, le journal d’Alexander Mackenzie établit le lien avec l’époque qui a précédé. Essentiellement, l’ensemble de la preuve étaye la prétention des appelants que l’échange de rogue de hareng sur varech faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens.

29 I would note that the significant difference between the situation of the appellants in this case, and the appellants in *Van der Peet* and *N.T.C. Smokehouse*, lies in the fact that for the Heiltsuk Band trading in herring spawn on kelp was not an activity taking place as an incident to the social and ceremonial activities of the community; rather, trading in herring spawn on kelp was, in itself, a central and significant feature of Heiltsuk society. In *Van der Peet* and *N.T.C. Smokehouse* the findings of fact at trial suggested that whatever trade in fish had taken place prior to contact was purely incidental to the social and ceremonial activities of the aboriginal societies making the claim; here the evidence suggests that trade in herring spawn on kelp was not an incidental activity for the Heiltsuk but was rather a central and defining feature of Heiltsuk society.

Extinguishment, Infringement and Justification

30 The appellants have demonstrated that they were acting pursuant to an aboriginal right to trade herring spawn on kelp on a commercial basis. I will therefore turn to the other three stages of the *Sparrow* analysis, that is, to the questions of whether the right under which the appellants were acting has been extinguished, whether that right was infringed by the actions of the government and, finally, whether that infringement was justified.

Extinguishment

31 The test for determining when an aboriginal right has been extinguished was laid out by this Court in *Sparrow*. Relying on the judgment of Hall J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Court in *Sparrow* held at p. 1099 that "[t]he test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right". Further, the Court held that the mere fact that a right had, in the past, been regulated by the government, and its exercise subject to various terms and conditions, was not suffi-

Je tiens à souligner que la différence importante qui existe entre la situation des appelants en l'espèce et celle des appelants dans les arrêts *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse* est le fait que, dans le cas des Heiltsuk, l'échange de rogue de hareng sur varech n'était pas une activité accessoire des activités sociales et rituelles de la collectivité. Ces échanges étaient, en soi, une caractéristique fondamentale et importante de la société heiltsuk. Dans les arrêts *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, les conclusions de fait tirées au procès tendaient à indiquer que, quelle que soit la nature des échanges de poisson ayant été pratiqués avant le contact avec les Européens, ceux-ci étaient purement accessoires aux activités sociales et rituelles des sociétés autochtones qui revendiquaient le droit, alors qu'en l'espèce la preuve semble indiquer que les échanges de la rogue de hareng sur varech n'étaient pas une activité accessoire de la bande des Heiltsuk, mais plutôt une caractéristique fondamentale et importante de la société heiltsuk.

Extinction, violation et justification

Les appelants ont démontré qu'ils avaient agi en vertu d'un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale. J'en arrive donc aux trois autres volets de l'analyse établie dans *Sparrow*, c'est-à-dire l'examen des questions de savoir si le droit invoqué par les appelants a été éteint, s'il y a été porté atteinte par les actions de l'État et, dans l'affirmative, si cette atteinte était justifiée.

Extinction

Le critère permettant de déterminer si un droit ancestral a été éteint a été formulé par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, s'appuyant sur les motifs du juge Hall dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, elle a dit ceci dans *Sparrow*, à la p. 1099: «[I]e critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse». En outre, la Cour a conclu que le seul fait que, dans le passé, un droit a été réglementé par l'État et que son exercice a été assujéti à diverses conditions, n'était pas

cient to extinguish the right. The argument that it did so (*Sparrow*, at p. 1097)

confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulations does not mean that the right is thereby extinguished.

The regulations relied on by the Crown in that case were, the Court held at p. 1099, "simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights".

The reasoning used to reject the Crown's argument in *Sparrow* applies equally to the Crown's argument in this case. To understand why this is so it will be necessary to review the legislation relied upon by the Crown in its argument that the Heiltsuk's right to harvest herring spawn on kelp on a commercial basis was extinguished prior to 1982.

There are two types of legislative action relied upon by the Crown: the provisions of the *Fisheries Act* which, prior to 1955, prohibited the destruction of the "fry of food fishes", and the provisions of the Fisheries regulations relating directly to the herring spawn fishery. The former are exemplified by s. 39 of the *Fisheries Act* of 1927 which stated that "The fry of food fishes shall not be at any time destroyed"; identical provisions existed in the 1932 and 1952 *Fisheries Acts*. The latter first appeared in 1955. In 1955 the 1954 *British Columbia Fishery Regulations* were amended by SOR/55-260, s. 3, by the addition of a new s. 21A:

21A. No person shall take or collect by any means herring, eggs from herring spawning areas, and no person shall buy, sell, barter, process or traffic in herring eggs so taken; but an Indian may at any time take or collect herring eggs from spawning areas for use as food by Indians and their families but for no other purpose.

suffisant pour éteindre ce droit. L'argument voulant que le droit ait été éteint (*Sparrow*, à la p. 1097)

confond [...] la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint.

Le règlement invoqué par le ministère public dans cette affaire constituait, de conclure la Cour, à la p. 1099, «simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents».

Le raisonnement qui a mené au rejet de l'argument du ministère public dans l'arrêt *Sparrow* s'applique également à son argument dans le présent pourvoi. Afin de comprendre pourquoi il en va ainsi, il sera nécessaire d'étudier la législation invoquée par le ministère public au soutien de son argument que le droit de récolter de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale a été éteint avant 1982.

Le ministère public invoque deux types de mesures législatives: les dispositions de la *Loi sur les pêcheries* qui, avant 1955, interdisaient la destruction du «frai du poisson comestible» et celles des règlements de pêche qui touchent directement la récolte des œufs de hareng. Un exemple du premier type de dispositions est l'art. 39 de la *Loi sur les pêcheries* de 1927 qui prévoyait ceci: «Le frai du poisson comestible ne doit jamais être détruit»; dans ses versions de 1932 et de 1952, cette loi comportait des dispositions identiques. Les premières mesures du deuxième type remontent à 1955, année au cours de laquelle le *Règlement de pêche de la Colombie-Britannique* de 1954 a été modifié par DORS/55-260, art. 3, par insertion d'une nouvelle disposition, l'art. 21A:

21A. Il est interdit de prendre ou de recueillir par un moyen quelconque des œufs de hareng dans les zones de fraye, et il est interdit d'acheter, de vendre, de troquer, de traiter les œufs de hareng ainsi pris ou d'en faire le commerce. Toutefois, un Indien peut en tout temps prendre ou recueillir des œufs de hareng dans les zones de fraye comme nourriture pour les Indiens et leur famille, mais pour aucune autre fin.

32

33

Similar prohibitions on the harvest and sale of herring spawn continued until 1974 (SOR/74-50, s. 9). At that time the section was amended so that the provision read

21A (1) Subject to subsection (2), no person shall, except by written permission of the Regional Director, by any means take or collect herring eggs from herring spawning areas, or buy, sell, barter, process or traffic in herring eggs so taken.

(2) An Indian may at any time take or collect herring eggs from herring spawning areas for use as food for himself and his family (SOR/72-417, s. 7).

This regulatory scheme remained in place until 1980 when the provision (which had been transferred to s. 17 of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, C.R.C., c. 825) was amended by SOR/80-876, s. 8 to read

17. No person shall

(a) take or collect herring roe except under authority of a licence issued pursuant to the *Pacific Fishery Registration and Licensing Regulations*; or

(b) possess herring roe unless it was so taken or collected.

According to the submissions of the Crown, no further modifications to this regulatory scheme took place prior to the enactment of the *Constitution Act, 1982*.

34

None of these regulations, when viewed individually or as a whole, can be said to express a clear and plain intention to extinguish the aboriginal rights of the Heiltsuk Band. While to extinguish an aboriginal right the Crown does not, perhaps, have to use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights, it must demonstrate more than that, in the past, the exercise of an aboriginal right has been subject to a regulatory scheme. In this instance, the regulations and legislation regulating the herring spawn on kelp fishery prior to 1982 do not demonstrate any consistent intention on the part of the Crown. At various times prior to 1982 aboriginal peoples have been entirely prohibited from harvesting herring spawn

Des interdictions analogues visant la récolte et la vente d'œufs de hareng sont restées en vigueur jusqu'en 1974 (DORS/74-50, art. 9), date à laquelle cet article a été modifié ainsi:

21A. (1) Sous réserve des dispositions du paragraphe (2), il est interdit, si ce n'est avec la permission écrite du directeur régional, de prendre ou de recueillir par un moyen quelconque des œufs de hareng dans les zones de fraye ou d'acheter, de vendre, de troquer, de traiter les œufs de hareng ainsi pris ou d'en faire le commerce.

(2) Un Indien peut en tout temps prendre ou recueillir des œufs de hareng dans les zones de frai du hareng, comme nourriture pour lui-même et sa famille (DORS/72-417, art. 7).

Ce régime de réglementation est resté en place jusqu'en 1980, où le texte (devenu entre-temps l'art. 17 du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, C.R.C., ch. 825) a été modifié ainsi par DORS/80-876, art. 8:

17. Il est interdit à quiconque

a) de prendre ou de recueillir de quelque façon que ce soit de la roque de hareng, à moins que ce produit soit pris en vertu d'un permis délivré selon le *Règlement sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique*; ou

b) d'avoir en sa possession de la roque de hareng à moins de l'avoir prise ou recueillie selon ledit permis.

D'après les observations du ministère public, ce régime de réglementation est resté inchangé jusqu'à l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il est impossible d'affirmer que, individuellement ou collectivement, ces diverses dispositions réglementaires expriment une intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux de la bande des Heiltsuk. Même si, pour éteindre un droit ancestral, il n'est peut-être pas nécessaire que le gouvernement utilise des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux, le ministère public ne doit pas se borner à démontrer que, dans le passé, l'exercice d'un droit ancestral a été réglementé. Dans le présent cas, les dispositions réglementaires et législatives qui régissaient la récolte de la roque de hareng sur varech avant 1982 ne témoignent pas d'une intention constante de l'État. Avant 1982, les peuples autochtones se

on kelp, allowed to harvest herring spawn on kelp for food only, allowed to harvest herring spawn on kelp for sale with the written permission of the regional director and allowed to take herring roe pursuant to a licence granted under the *Pacific Fishery Registration and Licensing Regulations*. Such a varying regulatory scheme cannot be said to express a clear and plain intention to eliminate the aboriginal rights of the appellants and of the Heiltsuk Band. As in *Sparrow*, the Crown has only demonstrated that it controlled the fisheries, not that it has acted so as to delineate the extent of aboriginal rights.

The Crown also argued, however, that even if the regulations do not extinguish the appellants' aboriginal rights, their rights were extinguished by the enactment of Order in Council, P.C. 2539, of September 11, 1917. Regulation 2539 reads as follows:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their practice of catching salmon they have been permitted to do so for their own food purposes only, and to this end subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for British Columbia provides as follows: —

“2. Indians may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for themselves and their families, but for no other purpose; but no Indian shall spear, trap or pen fish on their spawning grounds, or in any place leased or set apart for the natural or artificial propagation of fish, or in any other place otherwise specially reserved.”

sont vu successivement interdire complètement de récolter de la roque de hareng sur varech, permettre de le faire mais à des fins alimentaires seulement, autoriser à le faire avec la permission écrite du directeur régional et, enfin, autoriser à le faire en vertu d'un permis délivré sous le régime du *Règlement sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique*. Il n'est pas possible d'affirmer qu'un régime de réglementation aussi changeant exprime une intention claire et exprime d'abolir les droits ancestraux des appellants et de la bande des Heiltsuk. Comme dans *Sparrow*, le ministère public a tout au plus démontré que l'État avait pris des mesures visant à contrôler la pêche et non à délimiter l'étendue des droits ancestraux.

Cependant, le ministère public a également prétendu que, même si les règlements n'ont pas eu pour effet d'éteindre les droits ancestraux des appellants, ces droits ont été éteints par suite de la prise du décret C.P. 2539 du 11 septembre 1917, dont voici le texte:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement; et, à cette fin, le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique prévoit ce qui suit: —

«2. Les Indiens, avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé; toutefois, nul Indien ne doit faire usage de harpons ou de pièges, ni ne peut enfermer des poissons dans les frayères ni dans aucun autre endroit affecté à la reproduction naturelle ou artificielle du poisson, ni en tout autre lieu réservé.»

And whereas notwithstanding this concession, great difficulty is being experienced in preventing the Indians from catching salmon in such waters for commercial purposes and recently, an Indian was convicted before a local magistrate for a violation of the above quoted regulation, the evidence being that he had been found fishing and subsequently selling fish. The case was appealed and the decision of the magistrate reversed, it being held that there was no proof that the fish caught by the Indian were those sold by him;

And whereas it is further represented that it is practically impossible for the Fishery Officers to keep fish that may be caught by the Indians in non-tidal waters, ostensibly for their own food purposes, under observation from the time they are caught until they are finally disposed of in one way or another;

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

Subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, adopted by Order in Council of the 9th February, 1915, is hereby rescinded, and the following is hereby enacted and substituted in lieu thereof: —

“2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose. The Chief Inspector of Fisheries shall have the power in any such permit (a) to limit or fix the area of the waters in which such fish may be caught; (b) to limit or fix the means by which, or the manner in which such fish may be caught, and (c) to limit or fix the time in which such permission shall be operative. An Indian shall not fish for or catch fish pursuant to the said permit except in the waters by the means or in the manner and within the time limit expressed in the said permit, and any fish caught pursuant to any such permit shall not be sold or other-

Et attendu que, en dépit de cette concession, il est très difficile d'empêcher les Indiens de pêcher le saumon à des fins commerciales dans ces eaux et que, récemment, un Indien a été déclaré coupable par un magistrat local d'une infraction au règlement précité, la preuve ayant établi qu'il avait pêché et ensuite vendu le poisson capturé. L'affaire a été portée en appel et la décision du magistrat infirmée, le tribunal statuant qu'il n'y avait aucune preuve que les poissons pris par l'Indien étaient ceux qu'il avait vendus;

Et attendu qu'on fait aussi valoir qu'il est pratiquement impossible pour les surveillants des pêches d'observer constamment le poisson qui a pu être pris par les Indiens dans les eaux sans marée, apparemment pour leur propre alimentation, depuis le moment où il est pris jusqu'à celui où il en est disposé définitivement, d'une manière ou d'une autre;

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que ce règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la Loi sur les pêcheries, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit: —

Le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique, pris par décret daté du 9 février 1915, est par les présentes abrogé et remplacé par ce qui suit:

«2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé. L'inspecteur des pêcheries a le pouvoir dans le permis délivré à cet effet: a) de délimiter ou de fixer l'étendue des pêcheries où il est permis de pêcher; b) d'indiquer ou de prescrire les procédés de pêche; enfin c) de déterminer l'époque où ce permis devient effectif. Les Indiens n'ont pas le droit de capturer les espèces de poisson spécifiées, si ce n'est dans les eaux, d'après le procédé, et à l'époque prescrite dans ce permis, et ils ne peuvent ni les vendre ni en disposer autrement;

wise disposed of and a violation of the provisions of the said permit shall be deemed to be a violation of these regulations. . . .” [Emphasis added.]

The language of the Regulation suggests that the government had two purposes in enacting the amendment to the existing scheme: first, the government wished to ensure that conservation goals were met so that salmon reached their “spawning grounds”; second, the government wished to pursue those goals in a manner which would ensure that the special protection granted to the Indian food fishery would continue. The government attempted to meet these goals by making it clear that no special protection was being granted to the Indian commercial fishery and that, instead, the Indian commercial fishery would be subject to the general regulatory system governing commercial fishing in the province.

Under the *Sparrow* test for extinguishment, this Regulation cannot be said to have extinguished the aboriginal right to fish commercially held by the appellants in this case. The government’s purpose was to ensure that conservation goals were met, and that the Indian food fishery’s special protection would continue; its purpose was not to eliminate aboriginal rights to fish commercially. It is true that through the enactment of this regulation the government placed aboriginal rights to fish commercially under the general regulatory scheme applicable to commercial fishing, and therefore did not grant the aboriginal commercial fishery special protection of the kind given to aboriginal food fishing; however, the failure to recognize an aboriginal right, and the failure to grant special protection to it, do not constitute the clear and plain intention necessary to extinguish the right.

That the government did not in fact have this intention becomes clear when one looks at the general regulatory scheme of which this Regulation is one part. First, aboriginal people were not prohibited, and have never been prohibited since the scheme was introduced in 1908, from obtaining

toutes violations des dispositions du permis constituent une infraction à ces règlements . . . » [Je souligne.]

Le texte du règlement tend à indiquer que le gouvernement visait deux objectifs en modifiant le régime existant: premièrement, il désirait assurer la réalisation d’objectifs de conservation, de sorte que les saumons puissent atteindre leurs «frayères»; deuxièmement, il désirait poursuivre ces objectifs de manière à assurer le maintien de la protection spéciale accordée à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires. Le gouvernement a tenté d’atteindre ces objectifs en établissant clairement qu’aucune protection spéciale n’était accordée aux activités de pêche commerciale des Indiens, mais qu’au contraire ces activités seraient assujetties au régime général de réglementation de la pêche commerciale dans la province.

Selon le critère formulé dans *Sparrow*, relativement à l’extinction, il est impossible d’affirmer que le règlement a éteint le droit ancestral de pêche commerciale détenu par les appelants en l’espèce. L’objectif du gouvernement était d’assurer la réalisation d’objectifs de conservation et de maintenir la protection spéciale dont bénéficiait la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires. L’objectif du gouvernement n’était pas d’éliminer les droits ancestraux de pêche commerciale. Il est vrai que, par la prise de ce règlement, le gouvernement a assujéti les droits ancestraux de pêche commerciale au régime général de réglementation applicable à la pêche commerciale, et qu’il n’a en conséquence pas accordé à la pêche commerciale des autochtones une protection spéciale du genre de celle accordée aux activités de pêche pratiquées par ceux-ci à des fins alimentaires. Cependant, le fait de ne pas reconnaître à un droit la qualité de droit ancestral et de ne pas lui accorder une protection spéciale ne constituent pas l’intention claire et expresse requise pour éteindre le droit en question.

Il ressort clairement de l’examen du régime général de réglementation dans lequel s’inscrit ce règlement que telle n’était pas l’intention du gouvernement. Premièrement, il n’était pas interdit aux autochtones, et il ne leur a d’ailleurs jamais été interdit depuis l’établissement du régime en 1908,

licences to fish commercially under the regulatory scheme applicable to commercial fishing. Second, and more importantly, the government has, at various times, given preferences to aboriginal commercial fishing. For example, the government has provided for greatly reduced licensing fees for aboriginal fishers and has attempted to encourage aboriginal participation in the commercial fishery. I would note the statistics cited by the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and British Columbia Wildlife Federation to the effect that, in 1929, of the 13,860 commercial salmon licences issued 3,632 were held by aboriginal people and that, during and after World War II, there was a “substantial fleet of Indian-owned and operated seine boats, as well as gill-netters and trollers”. The interveners assert that, today, aboriginal participation in the commercial fishery is at a considerably higher percentage than the percentage of aboriginal people in the population as a whole. Such substantial encouragement of the aboriginal commercial fishery is not, in my view, consistent with the assertion that through enacting a Regulation aimed at ensuring conservation of the fishery in a manner which continues the special protection given to the aboriginal food fishery, the government had the clear and plain intention to extinguish the aboriginal rights to fish commercially held by some aboriginal peoples in the province.

d’obtenir des permis de pêche commerciale en vertu du régime de réglementation applicable à ce type de pêche. Deuxièmement, fait encore plus important, le gouvernement a, à divers moments, pris des mesures préférentielles en faveur de la pêche commerciale autochtone. Par exemple, le gouvernement a réduit considérablement le montant des droits payables par les pêcheurs autochtones pour obtenir un permis et il a tenté d’encourager leur participation à la pêche commerciale. Je tiens à mentionner les statistiques citées par les intervenantes British Columbia Fisheries Survival Coalition et British Columbia Wildlife Federation: en 1929, les autochtones détenaient 3 632 des 13 860 permis de pêche commerciale du saumon délivrés; pendant et après la Seconde Guerre mondiale, il existait [TRADUCTION] «une importante flotte de senneurs, de bateaux pour la pêche au filet à maille et de bateaux pour la pêche à la traîne appartenant à des Indiens et exploités par eux». Ces intervenantes soutiennent que, de nos jours, la participation autochtone à la pêche commerciale représente un pourcentage considérablement plus élevé que celui des autochtones au sein de l’ensemble de la population. À mon avis, cet encouragement important en faveur de la pêche commerciale autochtone ne concorde pas avec l’affirmation que, en prenant un règlement de pêche visant des objectifs de conservation, de manière à maintenir la protection spéciale accordée à la pêche pratiquée par les autochtones à des fins alimentaires, le gouvernement avait l’intention claire et expresse d’éteindre les droits ancestraux de pêche commerciale détenus par certains peuples autochtones dans la province.

38 Finally, I would note that the Regulation is of an entirely different nature than the document relied on for a finding of extinguishment in *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 933, (*per Cory J.*) and *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 46 (*per Cory J.*). Section 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* (NRTA), the provision at issue in those cases, is a provision in a constitutional document, the enactment of which provides for a permanent settlement of the legal rights of the aboriginal groups to whom it applies. The Regulation, by contrast, was merely a statutory document

Enfin, je tiens à préciser que la nature de ce règlement est tout à fait différente de celle du document sur lequel notre Cour s’est fondée pour conclure à l’extinction dans les arrêts *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 933 (le juge Cory), et *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 46 (le juge Cory). L’article 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Convention) — disposition contestée dans ces affaires — est une disposition faisant partie d’un document constitutionnel qui pourvoit au règlement permanent des droits juridiques des groupes autochtones

dealing with an immediate conservation concern and was subject to amendment through nothing more elaborate than the normal legislative process. The NRTA was aimed at achieving a permanent clarification of the province's legislative jurisdiction and of the legal rights of aboriginal peoples within the province; the Regulation was aimed at dealing with the immediate problems caused by the fact that an insufficient number of salmon were reaching their spawning grounds. The intention of the government in enacting the Regulation must, as a consequence, be viewed quite differently from its intention in enacting the NRTA, with the result that while the NRTA can be seen as evincing the necessary clear and plain intention to extinguish aboriginal rights to hunt commercially in the province to which it applies, the Regulation cannot be seen as evincing the necessary clear and plain intention to extinguish aboriginal rights to fish commercially in British Columbia.

Infringement

Sparrow also lays out the test for determining whether or not the government has infringed the aboriginal rights of the appellants (at pp. 1111-12):

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. If it does have such an effect, it represents a *prima facie* infringement of s. 35(1). Parliament is not expected to act in a manner contrary to the rights and interests of aboriginals, and, indeed, may be barred from doing so by the second stage of s. 35(1) analysis.

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 the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

auxquels il s'applique. À l'opposé, le règlement était uniquement un texte législatif portant sur des préoccupations immédiates en matière de conservation, qui pouvait être modifié tout simplement par recours au processus législatif. La Convention visait à clarifier de façon permanente la compétence législative de la province ainsi que les droits juridiques des peuples autochtones au sein de la province. Le règlement visait plutôt à régler les problèmes immédiats causés par le fait qu'il n'y avait pas suffisamment de saumons qui atteignaient les frayères. Il faut en conséquence considérer que, en prenant le règlement, le gouvernement avait une intention tout à fait différente de celle qu'il avait en édictant la Convention. Il s'en suit donc que bien qu'il soit possible de considérer que la Convention atteste l'intention claire et expresse requise pour éteindre les droits ancestraux de chasse commerciale dans la province où elle s'applique, le règlement ne fait pas de même à l'égard des ancestraux de pêche commerciale en Colombie-Britannique.

Atteinte

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour a aussi énoncé le critère permettant de déterminer si l'État a porté atteinte aux droits ancestraux des appelants (aux pp. 1111 et 1112):

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1). Le Parlement n'est pas censé agir d'une manière contraire aux droits et aux intérêts des autochtones et, en réalité, il peut être empêché de le faire par la seconde étape de l'analyse fondée sur le par. 35(1).

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 règlement 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.

The test as laid out in *Sparrow* is determined to a certain extent by the factual context in which it was articulated; the Court must take into account variations in the factual context of the appeal which affect the application of the test.

Comme le critère énoncé dans cet arrêt est, dans une certaine mesure, fonction du contexte factuel dans lequel il a été formulé, notre Cour doit, selon les pourvois, tenir compte des différences factuelles qui influent sur l'application du critère.

40 At the infringement stage, the primary distinction between the factual context of *Sparrow*, and the context of this appeal, is that the regulation impugned in *Sparrow* — a net length restriction — was challenged independently of the broader fisheries management scheme of which it was a part. In this case, while the appellants' constitutional challenge is focused on a single regulation — s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* — the scope of the challenge is much broader than the terms of s. 20(3). The appellants' arguments on the points of infringement and justification effectively impugn the entire approach taken by the Crown to the management of the herring spawn on kelp fishery.

Quant au volet relatif à l'atteinte, la distinction principale entre le contexte factuel de l'affaire *Sparrow* et celui de la présente espèce est que le règlement attaqué dans la première — la limitation de la longueur des filets — l'a été indépendamment du régime global de gestion de la pêche dont il faisait partie. En l'espèce, même si la contestation constitutionnelle des appelants vise une seule mesure réglementaire — le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* — la portée de cette contestation dépasse largement le texte de ce paragraphe. Les arguments des appelants en ce qui concerne l'atteinte et la justification mettent effectivement en cause l'ensemble de la politique de l'État en matière de gestion de la récolte de la rogue de hareng sur varech.

41 The fact that the appellants' challenge to the legislation is broader than that of the appellant in *Sparrow* arises from the difference in the nature of the regulation being challenged. Restrictions on net length have an impact on an individual's ability to exercise his or her aboriginal rights, and raise conservation issues, which can be subject to constitutional scrutiny independent of the broader regulatory scheme of which they are a part. The Category J licence requirement, on the other hand, cannot be scrutinized for the purposes of either infringement or justification without considering the entire regulatory scheme of which it is a part. The requirement that those engaged in the commercial fishery have licences is, as will be discussed in more detail below, simply a constituent part of a larger regulatory scheme setting the amount of herring that can be caught, the amount of herring allotted to the herring spawn on kelp fishery and the allocation of herring spawn on kelp amongst different users of the resource. All the aspects of this regulatory scheme potentially infringe the rights of the appellants in this case; to consider s. 20(3) apart from this broader regulatory

Le fait que la contestation de la législation présentée par les appelants ait une portée plus large que celle présentée par l'appelant dans *Sparrow* découle de la différence de nature entre les règlements attaqués. Les restrictions imposées à la longueur des filets ont un effet sur la capacité d'une personne d'exercer ses droits ancestraux et soulèvent des questions de conservation qui peuvent faire l'objet d'un examen constitutionnel, indépendamment du régime global de réglementation dont elles font partie. En revanche, l'obligation d'obtenir un permis de catégorie J ne peut pas être examinée, à l'étape de l'atteinte ou de la justification, sans prise en considération de l'ensemble du régime de réglementation dans lequel elle s'inscrit. L'obligation pour ceux qui pratiquent la pêche commerciale de détenir un permis est, comme nous le verrons de manière plus approfondie plus loin, simplement un élément constitutif d'un régime global de réglementation qui fixe la quantité de hareng pouvant être prise, la quantité de hareng attribuée à la récolte de rogue de hareng sur varech et la répartition de cette récolte entre les divers usagers de la ressource. Comme tous les

scheme for the herring fishery would distort the Court's inquiry.

The significance of this difference for the *Sparrow* test is that the questions asked by this Court in *Sparrow* must, in this case, be applied not simply to s. 20(3) but also to the other aspects of the regulatory scheme of which s. 20(3) is one part. In order to do this it will be necessary to consider, in some detail, the regulatory scheme being challenged by the appellants in this case. Before doing so, however, I have one further comment with regards to the test for infringement laid out by this Court in *Sparrow*.

The *Sparrow* test for infringement might seem, at first glance, to be internally contradictory. On the one hand, the test states that the appellants need simply show that there has been a *prima facie* interference with their rights in order to demonstrate that those rights have been infringed, suggesting thereby that any meaningful diminution of the appellants' rights will constitute an infringement for the purpose of this analysis. On the other hand, the questions the test directs courts to answer in determining whether an infringement has taken place incorporate ideas such as unreasonableness and "undue" hardship, ideas which suggest that something more than meaningful diminution is required to demonstrate infringement. 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. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement.

aspects de ce régime de réglementation sont susceptibles de porter atteinte aux droits des appelants dans la présente espèce, étudier le par. 20(3) isolément de ce régime global de réglementation de la pêche au hareng fausserait l'examen de notre Cour.

L'importance de cette différence pour ce qui concerne l'application du critère établi dans *Sparrow* est que les questions formulées par notre Cour dans cet arrêt doivent en l'espèce être posées à l'égard non seulement du par. 20(3), mais également des autres aspects du régime de réglementation dont ce paragraphe fait partie. À cette fin, il est nécessaire d'examiner assez en détail le régime de réglementation contesté par les appelants dans le présent pourvoi. Toutefois, avant de commencer cet examen, je tiens à faire une autre remarque sur le critère relatif à l'atteinte établi par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*.

Il est possible que le critère relatif à l'atteinte formulé dans *Sparrow* semble, de prime abord, intrinsèquement contradictoire. D'une part, suivant ce critère, les appelants ont simplement à établir l'existence d'une atteinte à première vue à leurs droits pour démontrer la violation de ces droits, ce qui tend à indiquer que toute diminution appréciable des droits des appelants constitue une violation pour l'application de cette analyse. D'autre part, les questions auxquelles les tribunaux doivent répondre, en vertu de ce critère, pour déterminer s'il y a eu atteinte font entrer en jeu des notions comme le caractère déraisonnable ou «indûment» rigoureux de la mesure en cause, notions qui tendent à indiquer qu'il faut établir davantage qu'une diminution appréciable pour prouver l'atteinte. 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 simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue.

42

43

44 I now turn to the regulatory scheme challenged by the appellants in this case. I will consider this scheme both as it exists now and in terms of its historical development. The reason for this is that some aspects of the scheme challenged by the appellants go back to the introduction of the commercial herring spawn on kelp fishery in the early 1970s; as such, in order to scrutinize those aspects it is necessary to consider the regulation of the herring fishery from its inception.

45 The commercial herring spawn on kelp and herring roe fisheries, in the form in which they exist today, developed in British Columbia in the early 1970s. Prior to that time herring was exploited primarily for the purpose of reducing the fish to oil. The shift in the use of the herring fishery resulted from a confluence of factors; in particular, extensive overfishing had radically depleted the herring stock (in 1965 the reduction fishery was shut down indefinitely) in response to which the Department of Fisheries and Oceans shifted from a policy of taking the maximum sustainable yield of the herring stock each year to a policy of exploiting the herring fishery so as to maximize the economic and social benefits derived from that fishery for the people of Canada. As part of this policy shift the Department of Fisheries and Oceans encouraged the growth of a commercial herring spawn on kelp fishery. Because herring spawn on kelp is eaten as part of the traditional celebration of the new year in Japan, an export market for this product existed; the herring industry and the Department of Fisheries and Oceans believed that this market could be exploited lucratively.

46 From the time of the Department of Fisheries and Oceans' policy shift in the early 1970s, until 1982, the Department regulated the herring stock through the measurement of spawn escapement (the calculation of the number of eggs spawned in a given year). In 1982, this means for measuring and controlling the herring stock was modified; at that time the Department adopted a policy of estimating the size of the herring stock in each year and of setting the allowable catch at 20 per cent of

J'aborde maintenant l'examen du régime de réglementation contesté par les appelants en l'espèce. Je vais l'étudier tant en regard de sa forme actuelle que de son évolution historique, car certains aspects de ce régime remontent à l'implantation de la pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech au début des années 1970. Par conséquent, pour examiner ces divers aspects, il est nécessaire d'étudier la réglementation de la pêche au hareng depuis ses débuts.

La pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech et celle du hareng prêt à frayer, telles qu'elles existent aujourd'hui, ont commencé en Colombie-Britannique au début des années 1970. Auparavant, le hareng était exploité principalement pour la production d'huile. Le changement dans l'utilisation du hareng a résulté de la convergence de différents facteurs. De façon plus particulière, une surpêche généralisée avait eu pour effet d'épuiser radicalement les stocks de hareng (en 1965, la pêche pour la production d'huile a été fermée indéfiniment), amenant le ministère des Pêches et Océans à remplacer la politique du rendement équilibré annuel maximal des stocks de hareng par une politique d'exploitation du hareng propre à optimiser les retombées socio-économiques de cette pêche pour le Canada. Dans le cadre de cette réorientation de la politique, le ministère des Pêches et Océans a encouragé la croissance de la pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech. Comme cette denrée est consommée dans le cadre des festivités du nouvel an au Japon, il existait un marché d'exportation pour ce produit. L'industrie du hareng et le ministère des Pêches et Océans ont cru que ce marché pourrait être lucratif.

À compter du jour où le ministère des Pêches et Océans a changé de politique au début des années 1970 jusqu'en 1982, il a régulé les stocks de hareng en mesurant l'échappée (le calcul du nombre d'œufs au cours d'une année donnée). En 1982, cette méthode de mesure et de contrôle des stocks de hareng a été modifiée. Le ministère a décidé d'appliquer une politique d'estimation annuelle des stocks de hareng et de fixer les prises permises à 20 pour 100 de ces stocks. La politique

that stock. The 1982 stock measurement and allotment policy has been subject to only one amendment since its adoption: in 1988 the Department of Fisheries and Oceans qualified the constant harvest rate of 20 per cent so as to allow for minimum spawn escapement.

It should be noted that the measurement of the herring stock is a problem of considerable difficulty. As the defence expert, Dr. Gary Vigers, noted

... in the real situation, fisheries management is full of uncertainty — from the inability to identify primary governing forces at each stage of recruitment, to subjective (but unintentional) sampling bias of fisheries officers observations . . . , to extrapolation of assessments to entire populations. Each level of measurement has intrinsic errors which may be amplified at the next level of evaluation.

In my opinion, two major uncertainty factors that may defy quantification and are totally unaccounted for in the current methods of stock assessment are the predicted recruitment of eggs to larval populations, and the predicted recruitment of larval populations to juvenile populations. Examples abound to illustrate that hatching success of eggs is highly variable and affected by almost every physical factor conceivable in the nearshore environment. . . .

The 20 per cent allotted herring catch is distributed by the Department to the various herring fisheries, with the herring roe fishery (where the eggs are extracted from the female fish prior to spawning) bearing the brunt of variations in the herring stock. The Department sets the herring spawn on kelp fishery at a constant level of 2,275 tons; other non-roe herring fisheries are, similarly, set at constant levels. The herring roe fishery, on the other hand, varies depending on the levels of the herring stock. The rationale for this allotment policy is that the herring roe fishery is agreed to be more destructive to the herring stock than the herring spawn on kelp and other herring fisheries; it is felt by the Department that, as such, the herring roe

d'évaluation et de répartition de 1982 n'a été modifiée qu'une fois depuis son adoption. En 1988, le ministère des Pêches et Océans a assorti le taux d'exploitation constant de 20 pour 100 d'une réserve conçue pour assurer une échappée minimale.

Il convient de noter que la mesure des stocks de hareng est une tâche ardue. Comme l'a fait observer Gary Vigers, l'expert cité par la défense:

[TRADUCTION] . . . dans la pratique, la gestion de la pêche est remplie d'incertitudes — incapacité de cerner les influences dominantes à chaque stade du renouvellement des populations, biais du processus d'échantillonnage (quoique involontaire) dans les observations des agents des pêches [. . .], application d'estimations à des populations entières. À chaque étape de l'évaluation, il se produit des erreurs inhérentes qui peuvent être amplifiées à l'étape suivante.

À mon avis, deux facteurs d'incertitude importants, qui défient peut-être toute quantification et dont les méthodes actuelles d'évaluation des stocks ne tiennent aucunement compte, sont le taux de renouvellement prévu des populations de larves par les œufs et le taux de renouvellement prévu des populations de juvéniles par les larves. On peut citer nombre d'exemples pour montrer que le succès de l'éclosion des œufs est très variable et est influencé par pratiquement toutes les conditions naturelles imaginables du milieu à proximité du rivage . . .

Les prises de hareng permises — fixées à 20 pour 100 — sont réparties par le ministère entre les divers secteurs de la pêche au hareng, la pêche au hareng prêt à frayer (où les œufs sont extraits de la femelle avant le frai) supportant le gros des fluctuations des stocks de hareng. Le ministère limite la récolte de la roque de hareng sur varech à un niveau constant de 2 275 tonnes; les autres secteurs sont aussi limités à des niveaux constants. En revanche, dans le cas de la pêche au hareng prêt à frayer, les niveaux sont fixés en fonction des stocks de hareng. La raison d'être de cette politique est que, de l'aveu général, cette pêche réduit davantage les stocks de hareng que la récolte de la roque de hareng sur varech et les autres types de

47

48

fishery should be the fishery most responsive to fluctuations in the herring stock. The only year in which there was a significant drop in the herring stock was 1986. The decrease in the stock in that year resulted in the closure of the herring roe fishery; the amount of herring allotted to the herring spawn on kelp fishery was also reduced.

49 Commercial herring spawn on kelp licences were first issued in 1975. At that time, applicants “were told that priority would be given to applicants who have previous experience in catching and live holding herring and to residents of remote coastal communities” (Department of Fisheries report, “1975 Herring Spawn on Kelp Fishery”). In a 1985 briefing note prepared by the Department of Fisheries and Oceans, the Department stated that the initial issuance of licences in 1975 evaluated applicants “considering the individual’s previous experience and knowledge of herring, area of residence and citizenship status and/or membership in Native Indian Band. Thirteen permits were issued, each allowing 6 tons of production”.

50 In 1988, the year relevant to this appeal, the herring stock was estimated at 350,000 tons, of which 160,000 tons were “fishable”. The total allocation for the herring fishery was 40,000 tons, of which 2,275 tons was allotted to the herring spawn on kelp fishery. Of that 2,275 tons, 224 tons was allotted to Category J licence holders. There were 28 such licences issued in 1988, each with an 8-ton quota. Of those 28 licences 16 were held by Native Indian bands. One was held by the Heiltsuk Band.

51 To summarize, the government’s scheme for regulating the herring spawn on kelp fishery can be divided into four constituent parts: (1) the government determines the amount of the herring

pêches de ce poisson. Pour cette raison, le ministère estime que la pêche au hareng prêt à frayer est celle qui doit subir le plus les contrecoups des fluctuations des stocks de hareng. L’année 1986 a été la seule où l’on a observé une baisse importante des stocks de ce poisson. La diminution des stocks cette année-là a entraîné la fermeture de la pêche au hareng prêt à frayer. La part réservée à la récolte de rogue de hareng sur varech a elle aussi été réduite.

Les premiers permis de pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech ont été délivrés en 1975. À ce moment-là, les demandeurs de permis [TRADUCTION] «se sont fait dire que la priorité serait donnée à ceux ayant de l’expérience dans la prise du hareng et la conservation de ce poisson en vivier, ainsi qu’aux résidents des collectivités riveraines éloignées» (rapport du ministère des Pêches, «1975 Herring Spawn on Kelp Fishery»). Dans une note d’information datée de 1985 et préparée par le ministère des Pêches et Océans, celui-ci a dit que, pour la délivrance initiale des permis en 1975, les demandeurs avaient été évalués [TRADUCTION] «en fonction de leur connaissance du hareng, de leur expérience de cette pêche, de leur lieu de résidence et de leur qualité de citoyen ou de membre d’une bande indienne. Treize permis ont été délivrés, chacun attribuant un contingent de production de 6 tonnes».

En 1988, année pertinente pour le présent pourvoi, les stocks de hareng ont été estimés à 350 000 tonnes, dont 160 000 tonnes dites «exploitables». Le contingent total de la pêche au hareng a été fixé à 40 000 tonnes, dont 2 275 tonnes ont été attribuées à la récolte de rogue de hareng sur varech. De ces 2 275 tonnes, 224 tonnes ont été réparties entre des titulaires de permis de catégorie J. Vingt-huit permis de ce type ont été délivrés en 1988, chacun se voyant accorder un contingent de huit tonnes. De ces 28 permis, 16 étaient détenus par des bandes indiennes, dont un par la bande des Heiltsuk.

En résumé, le régime gouvernemental de réglementation de la récolte de la rogue de hareng sur varech peut être divisé en quatre éléments constitutifs: (1) l’État détermine la proportion des stocks

stock that will be harvested in a given year; (2) the government allots the herring stock to the different herring fisheries (herring roe, herring spawn on kelp and other herring fisheries); (3) the government allots the herring spawn on kelp fishery to various user groups (commercial users and the Indian food fishery); and, (4) the government allots the commercial herring spawn on kelp licences.

Because each of these constituent parts has a different objective, and each involves a different pattern of government action, at the stage of justification it will be necessary to consider them separately; however, at the infringement stage the government scheme can be considered as a whole. The reason for this is that at the infringement stage it is the cumulative effect on the appellants' rights from the operation of the regulatory scheme that the court is concerned with. The cumulative effect of the regulatory scheme on the appellants' rights is, simply, that the total amount of herring spawn on kelp that can be harvested by the Heiltsuk Band for commercial purposes is limited. Thus, in order to demonstrate that there has been a *prima facie* infringement of their rights, the appellants must simply demonstrate that limiting the amount of herring spawn on kelp that they can harvest for commercial purposes constitutes, on the basis of the test laid out in *Sparrow*, a *prima facie* interference with their aboriginal rights.

In light of the questions posed by this Court in *Sparrow*, it seems clear that the appellants have discharged their burden of demonstrating a *prima facie* interference with their aboriginal rights. Prior to the arrival of Europeans in North America, the Heiltsuk could harvest herring spawn on kelp to the extent they themselves desired, subject only to such limitations as were imposed by any difficulties in transportation, preservation and resource availability, as well as those limitations that they thought advisable to impose for the purposes of conservation; subsequent to the enactment of the regulatory scheme described above the Heiltsuk can harvest herring spawn on kelp for commercial purposes only to the limited extent allowed by the

de hareng qui sera récoltée au cours d'une année donnée; (2) il répartit les stocks de hareng entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson (hareng prêt à frayer, rogue de hareng sur varech et autres types de pêche); (3) il répartit la part attribuée à la récolte de la rogue de hareng sur varech entre les divers groupes d'usagers (usagers commerciaux et Indiens pratiquant la pêche de subsistance); (4) il répartit les permis de pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech.

Parce que chacun de ces éléments constitutifs vise un objectif différent et entraîne des mesures gouvernementales distinctes, il sera nécessaire, à l'étape de la justification, de les examiner séparément. Toutefois, à l'étape de l'atteinte, le régime gouvernemental de réglementation peut être étudié globalement car, à cette étape, c'est l'effet cumulatif de l'application du régime de réglementation sur les droits des appelants qui intéresse le tribunal. L'effet cumulatif du régime sur les droits des appelants est tout simplement que la quantité totale de rogue de hareng sur varech qui peut être récoltée par la bande des Heiltsuk à des fins commerciales est limitée. Par conséquent, pour établir qu'il y a atteinte à première vue de leurs droits, les appelants doivent simplement démontrer que la limitation de la quantité de rogue de hareng sur varech qui peut être récoltée à des fins commerciales constitue, selon le critère énoncé dans *Sparrow*, une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux.

Compte tenu des questions formulées par notre Cour dans *Sparrow*, il semble clair que les appelants se sont acquittés de la charge de démontrer une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux. Avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les Heiltsuk pouvaient récolter autant de rogue de hareng sur varech qu'ils le désiraient, sous réserve uniquement des limitations découlant des problèmes de transport, de préservation et de disponibilité de la ressource, ainsi que des limitations qu'ils estimaient souhaitables de respecter à des fins de conservation. Par suite de l'établissement du régime de réglementation décrit précédemment, les Heiltsuk ne peuvent récolter que la quantité limitée de rogue de hareng sur varech à

52

53

government. To use the language of Cory J. in *R. v. Nikal*, *supra*, at para. 104, the government's regulatory scheme "clearly impinge[s]" upon the rights of the appellant and, as such, must be held to constitute a *prima facie* infringement of those rights.

Justification

54

In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. articulated a two-part test for determining whether government actions infringing aboriginal rights can be justified. First, the government must demonstrate that it was acting pursuant to a valid legislative objective (at p. 1113):

Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial.

Second, the government must demonstrate that its actions are consistent with the fiduciary duty of the government towards aboriginal peoples. This means, Dickson C.J. and La Forest J. held, that the government must demonstrate that it has given the aboriginal fishery priority in a manner consistent with this Court's decision in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at p. 313, where Dickson J. (as he then was) held that the correct order of priority in the fisheries is "(i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing". Dickson C.J. and La Forest J. elaborated this priority requirement as follows, at p. 1116:

While the detailed allocation of maritime resources is a task that must be left to those having expertise in the

des fins commerciales autorisée par l'État. Pour reprendre les propos du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, précité, au par. 104, le régime gouvernemental de réglementation «empiète[e] clairement» sur les droits des appelants et, de ce fait, doit être considéré comme portant atteinte à première vue à ces droits.

Justification

Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé un critère à deux volets permettant de déterminer si les actions de l'État qui portent atteinte aux droits ancestraux peuvent être justifiées. Premièrement, l'État doit démontrer qu'il a agi en vertu d'un objectif législatif régulier (à la p. 1113):

À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels.

Deuxièmement, l'État doit établir que ses actions sont compatibles avec son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Cela signifie, de conclure le juge en chef Dickson et le juge La Forest, que l'État doit prouver qu'il a accordé la priorité à la pêche autochtone, d'une manière conforme à l'arrêt de notre Cour *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, à la p. 313, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a statué que l'ordre de priorité à respecter en matière de pêche était le suivant: «(i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens». Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont explicité ainsi cette exigence quant à la priorité, à la p. 1116:

Bien que la répartition détaillée de ressources maritimes soit une tâche devant être confiée aux experts dans le

area, the Indians' food requirements must be met first when that allocation is established. The significance of giving the aboriginal right to fish for food top priority can be described as follows. If, in a given year, conservation needs required a reduction in the number of fish to be caught such that the number equalled the number required for food by the Indians, then all the fish available after conservation would go to the Indians according to the constitutional nature of their fishing right. If, more realistically, there were still fish after the Indian food requirements were met, then the brunt of conservation measures would be borne by the practices of sport fishing and commercial fishing.

Dickson C.J. and La Forest J. also held at p. 1119 that the Crown's fiduciary duty to aboriginal peoples would require the Court to ask, at the justification stage, such further questions as:

... whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. . . .

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians.

As was noted with regards to the question of infringement, the framework for analysing aboriginal rights laid out in *Sparrow* depends to a considerable extent on the legal and factual context of that appeal. In this case, where, particularly at the stage of justification, the context varies significantly from that in *Sparrow*, it will be necessary to revisit the *Sparrow* test and to adapt the justification test it lays out in order to apply that test to the circumstances of this appeal.

domaine, on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens en procédant à cette répartition. L'importance d'accorder la priorité absolue au droit ancestral de pêcher pour se nourrir peut s'expliquer ainsi. Si, au cours d'une année donnée, il s'avérait nécessaire pour les besoins de la conservation de réduire le nombre de prises de poisson et que ce nombre soit égal à celui requis par les Indiens pour leur alimentation, alors il résulterait de la nature constitutionnelle de leur droit de pêche que c'est aux Indiens que reviendrait la totalité des poissons pouvant être pris suite aux mesures de conservation. Si, d'une manière plus réaliste, il restait encore du poisson après que les besoins alimentaires des Indiens eurent été satisfaits, ce seraient alors les pêcheurs sportifs et les pêcheurs commerciaux qui feraient les frais de ces mesures de conservation.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont en outre conclu, à la p. 1119, que compte tenu de l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones notre Cour devrait, à l'étape de la justification, examiner d'autres questions, notamment celles de:

... savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. . . .

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent.

Comme il a été noté à l'égard de la question de l'atteinte, l'application du cadre d'analyse des droits ancestraux établi dans *Sparrow*, est dans une large mesure fonction du contexte juridique et factuel de cet arrêt. Dans le présent pourvoi, particulièrement à l'étape de la justification, comme le contexte diffère considérablement de celui de l'affaire *Sparrow*, il sera nécessaire de réexaminer le critère établi dans cet arrêt et d'adapter le critère de la justification qui y est énoncé, afin de l'appliquer aux circonstances de l'espèce.

55

56

57

Two points of variation are of particular significance. First, the right recognized and affirmed in this case — to sell herring spawn on kelp commercially — differs significantly from the right recognized and affirmed in *Sparrow* — the right to fish for food, social and ceremonial purposes. That difference lies in the fact that the right at issue in *Sparrow* has an inherent limitation which the right recognized and affirmed in this appeal lacks. The food, social and ceremonial needs for fish of any given band of aboriginal people are internally limited — at a certain point the band will have sufficient fish to meet these needs. The commercial sale of the herring spawn on kelp, on the other hand, has no such internal limitation; the only limits on the Heiltsuk's need for herring spawn on kelp for commercial sale are the external constraints of the demand of the market and the availability of the resource. This is particularly so in this case where the evidence supports a right to exchange fish on a genuinely commercial basis; the evidence in this case does not justify limiting the right to harvest herring spawn on kelp on a commercial basis to, for example, the sale of herring spawn on kelp for the purposes of obtaining a "moderate livelihood". Even Lambert J.A., who used the moderate livelihood standard in dissent in the *R. v. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, did not so confine the rights of the appellants in this case, defining their right at para. 79 as the right to "harvest herring spawn deposited on kelp . . . for the purposes of trade in quantities measured in tons, subject only to the need for conservation of the resource". I do not necessarily endorse this characterization; however, it supports the basic point that the aboriginal right in this case is, unlike the right at issue in *Sparrow*, without internal limitation.

Deux points sur lesquels les contextes divergents présentent une importance particulière. Premièrement, le droit reconnu et confirmé dans la présente espèce — celui de vendre de la rogue de hareng sur varech commercialement — diffère considérablement du droit reconnu et confirmé dans *Sparrow* — celui de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Cette différence réside dans le fait que le droit en cause dans *Sparrow* comporte une limite intrinsèque qui est absente dans le cas du droit reconnu et confirmé visé dans le présent pourvoi. Les besoins en poisson d'une bande autochtone donnée, à des fins alimentaires, sociales et rituelles, comportent une limite intrinsèque — en effet, à un certain point, la bande aura assez de poisson pour satisfaire ces besoins. En revanche, la vente commerciale de rogue de hareng sur varech ne comporte pas de telles limites intrinsèques. Les seules limites aux besoins des Heiltsuk en matière de rogue de hareng sur varech destinée à la vente commerciale sont les restrictions extrinsèques dictées par la demande du marché et la disponibilité de la ressource. C'est particulièrement le cas en l'espèce, car la preuve étaye l'existence d'un droit d'échanger le poisson sur une échelle véritablement commerciale. Dans le présent pourvoi, la preuve ne justifie pas de limiter le droit de récolter de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale, par exemple, à la vente de ce produit en vue d'assurer «une subsistance convenable». Même le juge Lambert, qui a appliqué la norme de la subsistance convenable dans sa dissidence dans les arrêts *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, n'a pas restreint ainsi le droit des appelants en l'espèce, qu'il a défini, au par. 79, comme étant celui de [TRADUCTION] «récolter de la rogue de hareng sur varech [. . .] pour en faire le commerce en quantités mesurables en tonnes, sous réserve seulement du besoin d'assurer la conservation de la ressource». Je ne souscris pas nécessairement à cette caractérisation. Cependant, elle étaye l'argument fondamental que le droit ancestral visé en l'espèce n'est pas, contrairement à celui en cause dans *Sparrow*, assorti de limites intrinsèques.

The significance of this difference for the *Sparrow* test relates to the position taken in that case that, subject to the limits of conservation, aboriginal rights holders must be given priority in the fishery. In a situation where the aboriginal right is internally limited, so that it is clear when that right has been satisfied and other users can be allowed to participate in the fishery, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, makes sense. In that situation it is understandable that in an exceptional year, when conservation concerns are severe, it will be possible for aboriginal rights holders to be alone allowed to participate in the fishery, while in more ordinary years other users will be allowed to participate in the fishery after the aboriginal rights to fish for food, social and ceremonial purposes have been met.

Where the aboriginal right has no internal limitation, however, what is described in *Sparrow* as an exceptional situation becomes the ordinary: in the circumstance where the aboriginal right has no internal limitation, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, would mean that where an aboriginal right is recognized and affirmed that right would become an exclusive one. Because the right to sell herring spawn on kelp to the commercial market can never be said to be satisfied while the resource is still available and the market is not sated, to give priority to that right in the manner suggested in *Sparrow* would be to give the right-holder exclusivity over any person not having an aboriginal right to participate in the herring spawn on kelp fishery.

In my view, such a result was not the intention of *Sparrow*. The only circumstance contemplated by *Sparrow* was where the aboriginal right was internally limited; the judgment simply does not consider how the priority standard should be applied in circumstances where the right has no such internal limitation. That this is the case can be seen by a consideration of the judgment of *Jack*, *supra*, which was relied upon by Dickson C.J. and

L'importance de cette différence pour l'application du critère établi dans *Sparrow* tient à la position qui a été arrêtée dans cet arrêt et selon laquelle, sous réserve des limites découlant des besoins de conservation, la priorité en matière de pêche doit être accordée aux titulaires de droits ancestraux. Dans une situation où le droit ancestral est intrinsèquement limité, et où il est, de ce fait, facile de déterminer s'il a été respecté et si les autres usagers peuvent être autorisés à pêcher, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* est logique. Dans un tel cas, il est compréhensible que, au cours d'une année exceptionnelle, où les problèmes en matière de conservation sont sérieux, il sera possible d'autoriser seulement les titulaires de droits ancestraux à pêcher, tandis que, au cours des années plus normales, les autres usagers seront autorisés à pêcher, après que les droits des autochtones de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles auront été respectés.

Toutefois, quand le droit ancestral ne comporte pas de limite intrinsèque, la situation décrite dans *Sparrow* comme étant exceptionnelle devient alors la norme: dans les cas où le droit ancestral est dépourvu de limite intrinsèque, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* signifierait que si un droit ancestral est reconnu et confirmé, ce droit deviendrait exclusif. Parce que le droit de vendre de la roque de hareng sur varech sur le marché commercial ne peut jamais être considéré comme ayant été respecté complètement tant que la ressource est encore disponible et que le marché n'est pas saturé, donner priorité à ce droit de la manière proposée dans *Sparrow* équivaldrait à conférer à son titulaire l'exclusivité vis-à-vis de quiconque ne jouit pas du droit ancestral de participer à la récolte de la roque de hareng sur varech.

À mon avis, l'arrêt *Sparrow* ne vise pas un tel résultat. La seule circonstance prévue par notre Cour était celle où le droit ancestral était intrinsèquement limité. Ce jugement ne traite tout simplement pas de la manière dont la norme d'établissement de l'ordre de priorité doit être appliquée dans les cas où le droit n'est pas assorti de limite intrinsèque. Cette conclusion ressort de l'examen de l'arrêt *Jack*, précité, sur lequel se sont appuyés le

La Forest J. in their articulation of the notion of priority. While *Jack* undoubtedly stands for the proposition for which it was cited, it is interesting to note that in that case, Dickson J. specifically distinguished at p. 313 between food and commercial fishing:

[The appellants'] position, as I understand it, is one which would give effect to an order of priorities of this nature: (i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing; the burden of conservation measures should not fall primarily upon the Indian fishery.

I agree with the general tenor of this argument. Article 13 calls for distinct protection of the Indian fishery, in that pre-Confederation policy gave the Indians a priority in the fishery. That priority is at its strongest when we speak of Indian fishing for food purposes, but somewhat weaker when we come to local commercial purposes. [Emphasis added.]

In *Sparrow* it was obviously not necessary for Dickson C.J. and La Forest J. to address the distinction suggested by Dickson J. (as he then was) in *Jack*; that such a distinction exists suggests, however, that *Sparrow* should not be seen as the final word on the question of priority, at least where the aboriginal right in question does not have the internal limitation which the right actually at issue in *Sparrow* did.

juge en chef Dickson et le juge La Forest pour formuler la notion de priorité. Alors que l'arrêt *Jack* étaye manifestement la proposition au soutien de laquelle il a été cité, il est intéressant de signaler que, dans cette affaire, le juge Dickson a explicitement fait une distinction entre la pêche à des fins alimentaires et la pêche à des fins commerciales, à la p. 313:

[Les appelants] préconisent plutôt, me semble-t-il, l'ordre de priorité suivant: (i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens; les Indiens ne devraient pas subir en premier lieu le fardeau des mesures de protection.

J'accepte cet argument dans ses grandes lignes. L'article 13 exige qu'une protection distincte soit accordée à la pêche par les Indiens parce que la ligne de conduite suivie avant la Confédération accordait priorité aux Indiens en ce domaine. Cette priorité se comprend pleinement lorsque les Indiens pêchent pour se nourrir mais s'explique moins bien lorsqu'il s'agit de pêche à des fins de commerce local. [Je souligne.]

Dans *Sparrow* le juge en chef Dickson et le juge La Forest n'avaient de toute évidence pas besoin de se pencher sur la distinction dont parle le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack*. L'existence d'une telle distinction semble cependant indiquer que *Sparrow* ne doit pas être considéré comme ayant tranché définitivement la question de la priorité, du moins dans les cas où le droit ancestral en cause n'est pas assorti de la limite intrinsèque que comportait le droit visé dans *Sparrow*.

L'idée fondamentale exprimée dans *Sparrow* — savoir que les titulaires de droits ancestraux ont priorité en matière de pêche — est valable et importante. Toutefois, la formulation dans cette affaire du sens de la notion de priorité et l'assertion selon laquelle elle peut vouloir dire exclusivité dans certaines circonstances limitées doivent être précisées pour tenir compte des diverses circonstances susceptibles de se présenter dans les cas où le droit ancestral en cause n'est pas assorti de limite intrinsèque.

Lorsque le droit ancestral en cause n'est pas assorti de limite intrinsèque, la doctrine relative à l'ordre de priorité n'exige pas que, une fois les

⁶¹ The basic insight of *Sparrow* — that aboriginal rights holders have priority in the fishery — is a valid and important one; however, the articulation in that case of what priority means, and its suggestion that it can mean exclusivity under certain limited circumstances, must be refined to take into account the varying circumstances which arise when the aboriginal right in question has no internal limitations.

⁶² Where the aboriginal right is one that has no internal limitation then the doctrine of priority does not require that, after conservation goals have

been met, the government allocate the fishery so that those holding an aboriginal right to exploit that fishery on a commercial basis are given an exclusive right to do so. Instead, the doctrine of priority requires that the government demonstrate that, in allocating the resource, it has taken account of the existence of aboriginal rights and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. This right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest of aboriginal rights holders in the fishery.

The content of this priority — something less than exclusivity but which nonetheless gives priority to the aboriginal right — must remain somewhat vague pending consideration of the government's actions in specific cases. Just as the doctrine of minimal impairment under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has not been read as meaning that the courts will impose a standard "least drastic means" requirement on the government in all cases, but has rather been interpreted as requiring the courts to scrutinize government action for reasonableness on a case-by-case basis (see, for example, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at pp. 526-27; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 285-86; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 504-5), priority under *Sparrow's* justification test cannot be assessed against a precise standard but must rather be assessed in each case to determine whether the government has acted in a fashion which reflects that it has truly taken into account the existence of aboriginal rights. Under the minimal impairment branch of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), where the government is balancing the interests of competing groups, the court does not scrutinize the government's actions so as to determine whether the government took the least rights-impairing action pos-

objectifs de conservation respectés, l'État répartisse la ressource de façon à ce que ceux qui détiennent un droit ancestral d'exploiter commercialement la ressource se voient accorder le droit exclusif de le faire. Au contraire, cette doctrine commande que l'État démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l'existence des droits ancestraux et réparti la ressource d'une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d'exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers. Il s'agit d'un droit à la fois substantiel et procédural. À l'étape de la justification, l'État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l'égard de cette pêche.

Le contenu de ce droit de priorité — qui sans aller jusqu'à l'exclusivité, donne néanmoins préférence au droit ancestral — doit rester assez vague tant que les actions de l'État n'ont pas été examinées dans des cas précis. Tout comme le principe de l'atteinte minimale fondé sur l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas été interprété comme voulant dire que les tribunaux imposeront à l'État, dans tous les cas, une norme fondée sur l'obligation d'appliquer le «moyen le moins draconien», mais plutôt comme ayant pour effet d'exiger d'eux qu'ils examinent le caractère raisonnable des actions de l'État au cas par cas: (voir, par exemple, les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 993 et 994; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, aux pp. 526 et 527; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 285 et 286; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, aux pp. 504 et 505), l'application de la doctrine relative à l'ordre de priorité en vertu du critère de justification établi dans *Sparrow* ne peut pas être évaluée selon une norme précise, mais doit plutôt être appréciée en fonction de chaque cas, pour déterminer si l'État a agi d'une manière indiquant qu'il a véritablement tenu compte de l'existence de droits ancestraux. Dans l'application du volet de l'atteinte minimale du critère de l'arrêt (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), dans les cas où l'État soupèse les intérêts de

sible; instead the court considers the reasonableness of the government's actions, taking into account the need to assess "conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources" (*Irwin Toy, supra*, at p. 993). Similarly, under *Sparrow's* priority doctrine, where the aboriginal right to be given priority is one without internal limitation, courts should assess the government's actions not to see whether the government has given exclusivity to that right (the least drastic means) but rather to determine whether the government has taken into account the existence and importance of such rights.

groupes opposés, le tribunal n'examine pas les actions de l'État pour déterminer s'il a pris les mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits, il s'interroge plutôt sur le caractère raisonnable de ces actions, en tenant compte de la nécessité d'évaluer des «preuves scientifiques contradictoires et de[s] demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées» (*Irwin Toy*, précité, à la p. 993). De même, en vertu de la doctrine relative à l'ordre de priorité énoncée dans *Sparrow* lorsque le droit ancestral auquel la priorité doit être donnée n'est pas assorti de limite intrinsèque, les tribunaux doivent évaluer les actions de l'État non pas pour voir si celui-ci a conféré ce droit en exclusivité (le moyen le moins draconien), mais plutôt pour déterminer si l'État a tenu compte de l'existence et de l'importance du droit en question.

64

That no blanket requirement is imposed under the priority doctrine should not suggest, however, that no guidance is possible in this area, or that the government's actions will not be subject to scrutiny. Questions relevant to the determination of whether the government has granted priority to aboriginal rights holders are those enumerated in *Sparrow* relating to consultation and compensation, as well as questions such as whether the government has accommodated the exercise of the aboriginal right to participate in the fishery (through reduced licence fees, for example), whether the government's objectives in enacting a particular regulatory scheme reflect the need to take into account the priority of aboriginal rights holders, the extent of the participation in the fishery of aboriginal rights holders relative to their percentage of the population, how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery (food *versus* commercial rights, for example), how important the fishery is to the economic and material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users. These questions, like those in *Sparrow*, do not represent an exhaustive list of the factors that may be taken into account in determining whether the government can be said to have given priority to aboriginal

Cependant, le fait que la doctrine relative à l'ordre de priorité n'impose pas d'obligation générale ne devrait pas donner à penser qu'aucune indication ne peut être formulée à cet égard ou que les actions de l'État ne feront pas l'objet d'un examen. Les questions pertinentes pour déterminer si l'État a donné la priorité aux titulaires de droits ancestraux sont celles qui ont été énumérées dans *Sparrow* relativement aux consultations et à l'indemnisation, ainsi que d'autres questions telles que celle de savoir si l'État a facilité l'exercice du droit ancestral de participer à la pêche (en réduisant les droits payables pour les permis, par exemple), si les objectifs que poursuit l'État en établissant un régime de réglementation donné reflètent la nécessité de tenir compte du droit de priorité des titulaires de droits ancestraux, la mesure dans laquelle la participation à la pêche par les titulaires de droits ancestraux correspond au pourcentage que représente leur population par rapport à la population totale, la manière dont l'État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée (par exemple le droit de pêcher à des fins alimentaires par opposition à celui de pêcher à des fins commerciales), l'importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l'État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers. Ces

rights holders; they give some indication, however, of what such an inquiry should look like.

Before turning to the second relevant difference between this case and *Sparrow*, I would note one or two points in favour of the interpretation of priority just adopted. As was emphasized in this Court's decision in *Van der Peet*, aboriginal rights are highly fact specific — the existence of an aboriginal right is determined through consideration of the particular distinctive culture, and hence of the specific practices, customs and traditions, of the aboriginal group claiming the right. The rights recognized and affirmed by s. 35(1) are not rights held uniformly by all aboriginal peoples in Canada; the nature and existence of aboriginal rights vary in accordance with the variety of aboriginal cultures and traditions which exist in this country. As a result, governments must not only make decisions about how to allocate fish between aboriginal rights holders and those who do not enjoy such rights, but must also make decisions as to how to allocate fish both between different groups of aboriginal rights holders and between different aboriginal rights. The government must, for example, make decisions as to how to allocate fish between those aboriginal peoples with the aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes, and those aboriginal peoples who have aboriginal rights to sell fish commercially; it must also decide, where more than one aboriginal group has a right to sell fish commercially, how much fish each group will have access to.

The existence of such difficult questions of resource allocation supports the position that, where a right has no adequate internal limitations, the notion of exclusivity of priority must be rejected. Certainly the holders of such aboriginal rights must be given priority, along with all others

questions, tout comme celles posées dans *Sparrow* ne constituent pas une liste exhaustive des facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer s'il est possible d'affirmer que l'État a accordé la priorité aux titulaires de droits ancestraux. Toutefois, ils donnent une certaine idée de ce à quoi l'examen devrait ressembler.

Avant d'examiner la seconde différence pertinente entre la présente affaire et l'arrêt *Sparrow*, je tiens à mentionner un ou deux points qui appuient l'interprétation qui vient d'être adoptée en ce qui concerne le droit de priorité. Comme notre Cour l'a souligné dans *Van der Peet*, l'existence de droits ancestraux dépend largement des faits propres à chaque cas — pour statuer sur l'existence d'un tel droit, il faut examiner la culture distinctive particulière du groupe autochtone particulier qui revendique le droit, donc ses coutumes, pratiques et traditions spécifiques. Les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) ne sont pas des droits qui sont détenus uniformément par tous les peuples autochtones au Canada. En effet, l'existence des droits ancestraux et leur nature sont fonction des diverses cultures et traditions autochtones qui existent au pays. En conséquence, l'État est non seulement appelé à répartir les ressources halieutiques entre les titulaires de droits ancestraux et ceux qui ne possèdent pas de tels droits, mais également à répartir la ressource entre différents groupes de titulaires de droits ancestraux, ainsi qu'entre divers types de droits ancestraux. Par exemple, l'État doit répartir de telles ressources entre des peuples autochtones qui ont le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, et d'autres peuples autochtones qui ont le droit ancestral de vendre du poisson commercialement. Il doit aussi fixer, lorsque plus d'un groupe autochtone a le droit de vendre du poisson commercialement, la quantité de poisson qui sera attribuée à chaque groupe.

L'existence de ces difficiles questions de répartition de la ressource étaye la position voulant que, dans les cas où un droit n'est pas assorti de limites intrinsèques adéquates, la notion de priorité exclusive doit être écartée. Certes, il faut donner aux titulaires de tels droits ancestraux, ainsi qu'à tous

holding aboriginal rights to the use of a particular resource; however, the potential existence of other aboriginal rights holders with an equal claim to priority in the exploitation of the resource, suggests that there must be some external limitation placed on the exercise of those aboriginal rights which lack internal limitation. Unless the possibility of such a limitation is recognized, it is difficult to see how the government will be able to make decisions of resource allocation amongst the various parties holding prioritized rights to participate in the fishery. And while this does not lead automatically to the conclusion that, as between aboriginal rights holders and those who do not hold such rights, the notion of exclusivity must be rejected, it does point to some of the difficulties inherent in the recognition of such a concept in the context of this and similar cases.

67

It should also be noted that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) exist within a legal context in which, since the time of the Magna Carta, there has been a common law right to fish in tidal waters that can only be abrogated by the enactment of competent legislation:

... the subjects of the Crown are entitled as of right not only to navigate but to fish in the high seas and tidal waters alike.

[I]t has been unquestioned law that since Magna Charta [*sic*] no new exclusive fishery could be created by Royal grant in tidal waters, and that no public right of fishing in such waters, then existing, can be taken away without competent legislation.

[*Attorney-General of British Columbia v. Attorney General of Canada*, [1914] A.C. 153 (J.C.P.C.), at pp. 169-70, *per* Viscount Haldane.]

While the elevation of common law aboriginal rights to constitutional status obviously has an impact on the public's common law rights to fish in tidal waters, it was surely not intended that, by the enactment of s. 35(1), those common law rights

les autres titulaires de droits ancestraux, la priorité quant à l'utilisation d'une ressource particulière. Toutefois, la possibilité qu'il y ait d'autres titulaires de droits ancestraux ayant un droit de priorité égal en vue de l'exploitation de la ressource tend à indiquer que l'exercice des droits ancestraux dépourvus de limites intrinsèques doit être assujéti à certaines limites extrinsèques. À moins de reconnaître la possibilité de telles limites, il est en effet difficile de voir comment l'État sera en mesure de répartir la ressource entre les diverses parties possédant des droits de pêche prioritaires. De plus, bien que ce fait ne m'amène pas automatiquement à conclure que, entre les titulaires de droits ancestraux et ceux qui ne possèdent pas de tels droits, la notion d'exclusivité doit être écartée, il fait cependant ressortir certaines des difficultés inhérentes à la reconnaissance d'un tel concept dans le contexte du présent pourvoi et d'autres espèces analogues.

En outre, il convient de signaler que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) existent dans un contexte juridique où, depuis l'époque de la Grande Charte, on reconnaît en common law un droit de pêcher dans les eaux à marée qui ne peut être aboli que par l'édiction de textes législatifs constitutionnels:

[TRADUCTION] ... les sujets de Sa Majesté ont le droit non seulement de naviguer mais encore de pêcher en haute mer et dans les eaux à marée.

[I] est établi sans conteste en droit depuis la Grande Charte qu'aucune nouvelle pêcherie exclusive ne peut être créée par concession royale dans les eaux à marée et qu'aucun droit du public de pêcher dans de telles eaux, existant alors, ne peut être retiré sans texte législatif constitutionnel.

[*Arrêt Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1914] A.C. 153 (J.C.P.C.), aux pp. 169 et 170 (le vicomte Haldane).]

Même si le fait d'élever des droits ancestraux fondés sur la common law au rang de garanties constitutionnelles a manifestement une incidence sur les droits qu'a le public, en vertu de la common law, de pêcher dans les eaux à marée, on n'enten-

would be extinguished in cases where an aboriginal right to harvest fish commercially existed. As was contemplated by *Sparrow*, in the occasional years where conservation concerns drastically limit the availability of fish, satisfying aboriginal rights to fish for food, social and ceremonial purposes may involve, in that year, abrogating the common law right of public access to the fishery; however, it was not contemplated by *Sparrow* that the recognition and affirmation of aboriginal rights should result in the common law right of public access in the fishery ceasing to exist with respect to all those fisheries in respect of which exist an aboriginal right to sell fish commercially. As a common law, not constitutional, right, the right of public access to the fishery must clearly be second in priority to aboriginal rights; however, the recognition of aboriginal rights should not be interpreted as extinguishing the right of public access to the fishery.

That this should not be the case becomes particularly clear when it is remembered that, as was noted above, the existence of aboriginal rights varies amongst different aboriginal peoples, with the result that the notion of priority applies not only between aboriginals and other Canadians, but also between those aboriginal peoples who have an aboriginal right to use the fishery and those who do not. For aboriginal peoples like the Sheshaht, Opetchesah and the Sto:lo, the fact that they were unable to demonstrate that their aboriginal rights include the right to sell fish on a commercial basis should not mean, if another aboriginal group is able to establish such a right, that the rights they hold in common with other Canadians — to participate in the commercial fishery — are eliminated. This could not have been intended by the enactment of s. 35(1).

I now turn to the second significant difference between this case and *Sparrow*. In *Sparrow*, while

il n'y a pas eu d'extinction du droit d'accès du public, par l'édiction du par. 35(1), que ces droits reconnus au public par la common law soient éteints dans les cas où il existe un droit ancestral de pêcher commercialement. Comme il a été envisagé dans *Sparrow* au cours des années où, pour des besoins de conservation, il faut limiter de façon draconienne les prises de poisson, il est possible que pour respecter les droits ancestraux de pêche à des fins alimentaires sociales et rituelles il faille, au cours des années en question, suspendre le droit d'accès à cette pêche qui est reconnu au public par la common law. Toutefois, il n'a pas été envisagé dans cet arrêt que la reconnaissance et la confirmation de droits ancestraux auraient pour effet de mettre fin à ce droit d'accès du public, dans tous les cas où il existe, à l'égard d'une pêcherie, un droit ancestral de vendre le poisson commercialement. En tant que droit reconnu par la common law mais non par la Constitution, le droit d'accès du public à une pêcherie doit clairement céder la priorité aux droits ancestraux. Cependant, la reconnaissance de droits ancestraux ne doit pas être interprétée comme ayant pour effet d'éteindre le droit d'accès du public.

La conclusion qu'il ne doit pas en être ainsi ressort de façon particulièrement claire de l'observation, faite précédemment, que l'existence de droits ancestraux varie en fonction des peuples autochtones concernés, de sorte que la notion de priorité s'applique non seulement entre les autochtones et les autres Canadiens, mais également entre les peuples autochtones qui ont le droit ancestral d'exploiter la pêche visée et ceux qui ne l'ont pas. Dans le cas de peuples autochtones comme les Sheshaht, les Opetchesah et les Sto:lo, le fait qu'ils n'aient pas été en mesure de démontrer que leurs droits ancestraux incluent le droit de vendre du poisson à des fins commerciales ne signifie pas, à supposer qu'un autre groupe autochtone parviendrait à établir l'existence d'un tel droit, que le droit qu'ils possèdent avec tous les autres Canadiens — savoir celui de participer à la pêche commerciale — est éliminé. Il n'est pas possible qu'on ait voulu ce résultat en édictant le par. 35(1).

J'aborde maintenant la seconde différence importante entre la présente affaire et l'arrêt *Spar-*

the Court recognized at p. 1113 that, beyond conservation, there could be other “compelling and substantial” objectives pursuant to which the government could act in accordance with the first branch of the justification test, the Court was not required to delineate what those objectives might be. Further, in delineating the priority requirement, and the relationship between aboriginal rights-holders and other users of the fishery, the only objective considered by the Court was conservation. This limited focus made sense in *Sparrow* because the net-length restriction at issue in that case was argued by the Crown to have been necessary as a conservation measure (whether it was necessary as such was not actually decided in that case); in this case, however, while some aspects of the government’s regulatory scheme arguably relate to conservation — setting the total allowable catch at 20 per cent of the estimated herring stock, requiring the herring roe fishery to bear the brunt of variations in the herring stock because it is more environmentally destructive — other aspects of the government’s regulatory scheme bear little or no relation to issues of conservation. Once the overall level of the herring catch has been established, and allocated to the different herring fisheries, it makes no difference in terms of conservation who is allowed to catch the fish. Conservation of the fishery is simply not affected once, after the herring spawn on kelp fishery is set at 2,275 tons, 224 tons or 2,275 tons is allocated to the commercial fishery or to some other use. This is not to suggest that these decisions are unimportant or made pursuant to unimportant objectives, but simply that, whatever objectives the government is pursuing in making such decisions, conservation is not (or is only marginally) one of them. As such, it is necessary in this case to consider what, if any, objectives the government may pursue, other than con-

row. Dans cet arrêt, bien que notre Cour ait reconnu, à la p. 1113, que, pour les fins du premier volet du critère de la justification, il peut exister, outre la conservation, d’autres objectifs «impérieux et réels» en vertu desquels l’État pourrait agir, elle n’a toutefois pas eu à préciser quels pourraient être ces objectifs. De plus, pour définir les exigences applicables pour établir l’ordre de priorité ainsi que les rapports entre les titulaires de droits ancestraux et les autres usagers de la pêche, la conservation est le seul objectif que notre Cour a pris en considération. Cet examen restreint était logique dans *Sparrow*, car le ministère public avait soutenu que la limitation de la longueur des filets en cause dans cette affaire était une mesure de conservation nécessaire (de fait, la question de la nécessité de cette mesure n’a pas été tranchée dans cet arrêt). Toutefois, dans la présente affaire, même s’il est possible d’affirmer que certains aspects du régime gouvernemental de réglementation visent la conservation — par exemple le fait de fixer à 20 pour 100 des stocks estimatifs de hareng le total des prises admissibles ou celui d’exiger que les pêcheurs de hareng prêt à frayer fassent les frais des fluctuations des stocks de hareng, étant donné que cette pêche est moins écologique — d’autres aspects de ce régime ne concernent que peu ou pas des questions de conservation. Une fois que le niveau global des prises de hareng a été fixé et que celles-ci ont été réparties entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson, le fait que ce soit un groupe ou un autre qui soit autorisé à prendre le poisson ne change rien du point de vue de la conservation. Une fois la récolte de la roque de hareng sur varech fixée à 2 275 tonnes, le fait d’attribuer 224 tonnes ou encore 2 275 tonnes au secteur commercial ou à quelque autre groupe d’usagers n’influe tout simplement pas sur la conservation de cette ressource. Cela ne veut pas dire que ces décisions ne sont pas importantes ou qu’elles sont prises dans la poursuite d’objectifs sans importance, mais tout simplement que quels que soient les objectifs visés par ces décisions la conservation ne figure pas parmi ces objectifs (ou, dans l’affirmative, seulement de façon marginale). Il est donc nécessaire, dans le présent pourvoi, de se demander quels sont, s’il en est, les objectifs que l’État peut poursuivre, outre la conservation, et qui per-

servation, which will be sufficient to satisfy the first branch of the *Sparrow* justification standard.

Considering this question is made more difficult in this case because, as will be discussed below, almost no evidence has been provided to this Court about the objectives the government was pursuing in allocating the herring resource as it did. Absent some concrete objectives to assess, it is difficult to identify the objectives other than conservation that will meet the “compelling and substantial” standard laid out in *Sparrow*. That being said, however, it is possible to make some general observations about the nature of the objectives that the government can pursue under the first branch of the *Sparrow* justification test.

In *Oakes*, *supra*, Dickson C.J. observed at p. 136 that it is not only the case that the rights and freedoms protected by the *Charter* must be understood through the purposes underlying the protection of those rights, but that the limitations on rights allowed under s. 1 of the *Charter* must, similarly, be understood through the purposes underlying the *Charter*:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words “free and democratic society”. Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution. . . . 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.

Although the aboriginal rights recognized by s. 35(1) are, as was noted in *Van der Peet*, fundamentally different from the rights in the *Charter*, the same basic principle — that the purposes underlying the rights must inform not only the definition of the rights but also the identification of those

mettront de satisfaire au premier volet de la norme de justification énoncée dans *Sparrow*.

Dans le présent cas, l'examen de cette question se complique, comme nous le verrons plus loin, du fait qu'il n'a été présenté à notre Cour pratiquement aucun élément de preuve concernant les objectifs que poursuivait l'État en répartissant la ressource comme il l'a fait. En l'absence d'objectifs concrets à examiner, il est difficile de déterminer les objectifs autres que la conservation qui sont des objectifs «impérieux et réels» au sens de la norme formulée dans *Sparrow*. Cela dit, cependant, il est possible de faire quelques observations générales sur la nature des objectifs que l'État peut poursuivre tout en satisfaisant au premier volet du critère de justification établi dans *Sparrow*.

Dans *Oakes*, précité, le juge en chef Dickson a fait remarquer, à la p. 136, que, s'il est vrai que les droits et libertés protégés par la *Charte* doivent être interprétés en fonction des objets qui sous-tendent la protection de ces droits, les limites apportées aux droits en conformité avec l'article premier de la *Charte* doivent, de la même façon, être interprétées en fonction des objets qui sous-tendent la *Charte*:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution [. . .] 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.

Même si, comme il a été dit dans *Van der Peet*, les droits ancestraux reconnus par le par. 35(1) sont fondamentalement différents des droits garantis par la *Charte*, le même principe de base s'applique à l'analyse de la justification en vertu du par. 35(1) — savoir que les objets qui sous-tendent les droits en question doivent non seulement servir à la définition de ces droits, mais également à la détermi-

70

71

limits on the rights which are justifiable — applies equally to the justification analysis under s. 35(1).

nation des limites apportées à ceux-ci et qui sont justifiables.

72

In *Van der Peet* the purposes underlying s. 35(1)'s recognition and affirmation of aboriginal rights were identified, at para. 43, as

Dans *Van der Peet*, les objets qui sous-tendent la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1) ont été interprétés, au par. 43, comme étant

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.

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.

In the context of the objectives which can be said to be compelling and substantial under the first branch of the *Sparrow* justification test, the import of these purposes is that the objectives which can be said to be compelling and substantial will be those directed at either the recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples or — and at the level of justification it is this purpose which may well be most relevant — at the reconciliation of aboriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown.

Dans le cadre de l'application du premier volet du critère de justification établi dans *Sparrow*, sont considérés comme des objectifs impérieux et réels les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit — et, à l'étape de la justification, ce genre d'objectifs pourrait bien être le plus pertinent — la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire.

73

Aboriginal rights are recognized and affirmed by s. 35(1) in order to reconcile the existence of distinctive aboriginal societies prior to the arrival of Europeans in North America with the assertion of Crown sovereignty over that territory; they are the means by which the critical and integral aspects of those societies are maintained. Because, however, distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those limits are of sufficient importance to the broader

Les droits ancestraux sont reconnus et confirmés par le par. 35(1) afin de concilier l'existence, en Amérique du Nord, de sociétés autochtones distinctives avant l'arrivée des Européens avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. Ils constituent le moyen de préserver les éléments fondamentaux qui font partie intégrante de ces sociétés. Cependant, comme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent.

community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation.

The recognition of conservation as a compelling and substantial goal demonstrates this point. Given the integral role the fishery has played in the distinctive cultures of many aboriginal peoples, conservation can be said to be something the pursuit of which can be linked to the recognition of the existence of such distinctive cultures. Moreover, because conservation is of such overwhelming importance to Canadian society as a whole, including aboriginal members of that society, it is a goal the pursuit of which is consistent with the reconciliation of aboriginal societies with the larger Canadian society of which they are a part. In this way, conservation can be said to be a compelling and substantial objective which, provided the rest of the *Sparrow* justification standard is met, will justify governmental infringement of aboriginal rights.

Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment.

I now turn to the application of the *Sparrow* justification test to the government regulatory scheme challenged in this case. As has already been noted, the government's regulatory scheme has four con-

Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble.

La reconnaissance de la conservation en tant qu'objectif impérieux et réel démontre cette affirmation. Vu le rôle fondamental qu'a joué la pêche dans la culture distinctive de nombreux peuples autochtones, il est possible d'affirmer que la conservation est un objectif dont la poursuite peut être liée à la reconnaissance de l'existence de telles cultures distinctives. De plus, comme la conservation revêt une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble, y compris pour les membres autochtones de cette société, elle est un objectif dont la poursuite est compatible avec la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la société canadienne plus large dont ces dernières font partie. Dans cette optique, il est possible d'affirmer que la conservation est un objectif impérieux et réel qui justifie la violation par l'État de droits ancestraux, à la condition qu'il soit satisfait aux autres éléments de la norme de justification établie dans *Sparrow*.

Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation.

Je vais maintenant appliquer le critère de justification établi dans *Sparrow* au régime gouvernemental de réglementation contesté dans le présent pourvoi. Comme il a été dit plus tôt, ce régime de

74

75

76

stituent parts, which, for ease of reference, I will reiterate here: (1) the government determines the amount of the herring stock that will be harvested in a given year; (2) the government allots the herring stock to the different herring fisheries (herring roe, herring spawn on kelp and other herring fisheries); (3) the government allots the herring spawn on kelp fishery to various user groups (commercial users and the Indian food fishery); and, (4) the government allots the commercial herring spawn on kelp licences.

réglementation comprend quatre éléments constitutifs, que je vais répéter par souci de commodité: (1) l'État détermine la proportion des stocks de hareng qui sera récoltée au cours d'une année donnée; (2) il répartit les stocks de hareng entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson (hareng prêt à frayer, rogue de hareng sur varech et autres types de pêche); (3) il répartit la part attribuée à la récolte de la rogue de hareng sur varech entre les divers groupes d'usagers (usagers commerciaux et Indiens pratiquant la pêche de subsistance); (4) il répartit les permis de pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech.

77 Other than with regards to the first aspect of the government's regulatory scheme, the evidence and testimony presented in this case is insufficient for this Court to make a determination as to whether the government's regulatory scheme is justified. The trial in this case concluded on May 7, 1990, several weeks prior to the release of this Court's judgment in *Sparrow*. Perhaps as a result of this fact, the testimony, evidence and argument presented at the trial simply do not contain the information that is necessary for this Court to assess whether, in allocating the 40,000 tons of herring allotted to the herring fishery, the government has either acted pursuant to a compelling and substantial objective or has acted in a manner consistent with the fiduciary obligation it owes to aboriginal peoples. It is not that the Crown has failed to discharge its burden of demonstrating that the scheme for allocating the 20 per cent of the herring stock was justified; it is simply that the question of whether or not that scheme of allocation was justified was not addressed at trial, at least in the sense necessary for this Court to decide the question of whether, under the *Sparrow* test, it was justified.

Sauf en ce qui concerne le premier aspect du régime gouvernemental de réglementation, la preuve documentaire et testimoniale produite dans la présente affaire est insuffisante pour permettre à notre Cour de déterminer si ce régime est justifié. En l'espèce, le procès dans la présente affaire s'est terminé le 7 mai 1990, plusieurs semaines avant que soit rendu l'arrêt *Sparrow* par notre Cour. Peut-être est-ce à cause de ce fait que la preuve documentaire et testimoniale ainsi que les arguments présentés au procès ne renferment tout simplement pas les renseignements nécessaires pour permettre à notre Cour d'apprécier si, en répartissant le contingent de 40 000 tonnes fixé pour la pêche au hareng, l'État a agi en vue de réaliser un objectif impérieux et réel ou s'il a agi d'une manière compatible avec son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Ce n'est pas que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer que les modalités de répartition du contingent des prises admissibles fixé à 20 pour 100 des stocks de hareng étaient justifiées, mais simplement que cette question n'a pas été examinée au procès, du moins pas d'une manière suffisante pour permettre à notre Cour de trancher la question de savoir si, suivant le critère établi dans *Sparrow*, ces modalités étaient justifiées.

78 The lack of evidence is problematic with regards to both aspects of the *Sparrow* analysis. First, in so far as an evaluation of the government's objective is concerned, no witnesses testified, and no documents were submitted as evidence, with regards to the objectives pursued by the government in allo-

Le manque d'éléments de preuve pose des problèmes en ce qui a trait aux deux aspects de l'analyse exigée par l'arrêt *Sparrow*. Premièrement, pour ce qui est de l'évaluation de l'objectif visé par l'État, aucun témoin n'est venu déposer et aucun document n'a été présenté en preuve relati-

cating the herring, and the herring spawn on kelp, amongst different user groups. As was noted above, there was evidence presented about the selection criteria used by the Department of Fisheries and Oceans in allocating herring spawn on kelp licences in 1975; however, no evidence was presented as to how or why those selection criteria were chosen or applied. Also, the evidence does not indicate whether those selection criteria changed over time (not all licences were allocated in 1975) or whether the emphasis placed on the different criteria varied. Clear evidence was presented at trial demonstrating that setting the total herring catch at 20 per cent was directed at conservation, but no evidence was presented regarding the objectives sought to be attained in allocating that 20 per cent amongst different user groups.

Second, with regards to priority, there is no evidence as to how much (if any) aboriginal participation there is in the herring roe fishery or as to whether there are any existing aboriginal rights to participate in the herring roe fishery, whether for food or commercial purposes. Whether the allocation of herring between the herring roe and herring spawn on kelp fishery meets the *Sparrow* test for priority will depend in part on the existence (or non-existence) of such rights. There is, similarly, no evidence as to whether other aboriginal rights in the herring spawn on kelp fishery exist — whether for food or commercial purposes — and as to the number of such rights holders there might be.

Other evidentiary problems exist with regards to the priority analysis. There is no evidence as to how, between the different aboriginal bands holding Category J licences, allocation decisions are made. There is no evidence as to how, or to whom, the remaining 2,051 tons of herring spawn on kelp

vement aux objectifs poursuivis par l'État dans la répartition du hareng et de la rogue de hareng sur varech entre les divers groupes d'utilisateurs. Comme il a été indiqué précédemment, des éléments de preuve ont été présentés quant aux critères de sélection appliqués par le ministère des Pêches et Océans dans la délivrance des permis de récolte de la rogue de hareng sur varech en 1975. Toutefois, aucun élément de preuve n'a été produit afin d'expliquer comment ou pourquoi ces critères de sélection étaient choisis ou appliqués. En outre, la preuve n'indique pas si ces critères de sélection ont changé au fil des ans (les permis n'ont pas tous été délivrés en 1975) ou si l'importance accordée aux divers critères a varié. Au procès, il a été présenté des éléments de preuve démontrant clairement que la décision de fixer le total des prises admissibles à 20 pour 100 des stocks avait pour objet la conservation de la ressource, mais aucune preuve n'a été présentée quant aux objectifs visés dans le cadre de la répartition de ces 20 pour 100 entre les divers groupes d'utilisateurs.

Deuxièmement, pour ce qui est de l'ordre de priorité, il n'y a aucun élément de preuve concernant l'ampleur (le cas échéant) de la participation des autochtones à la pêche au hareng prêt à frayer, ni sur la question de savoir s'il y a des droits ancestraux existants de participer à cette pêche, que ce soit à des fins alimentaires ou commerciales. La réponse à la question de savoir si la répartition de la ressource entre la pêche au hareng prêt à frayer et la récolte de la rogue de hareng sur varech satisfait au critère établi dans *Sparrow* relativement à l'ordre de priorité dépendra en partie de l'existence (ou de l'inexistence) de tels droits. De même, aucune preuve n'a été produite quant à savoir s'il existe d'autres droits ancestraux visant la récolte de la rogue de hareng sur varech — que ce soit à des fins alimentaires ou commerciales — et quant au nombre de titulaires de tels droits.

Il existe d'autres problèmes de preuve en ce qui concerne l'analyse de la question de l'ordre de priorité. Aucun élément de preuve n'a été produit sur la manière dont sont prises les décisions concernant la répartition de la ressource entre les diverses bandes autochtones titulaires de permis de

is allocated after the 224 tons of herring spawn on kelp is allocated to Category J licences. There is also no evidence as to how many aboriginal groups live in the region of the herring spawn on kelp fishery, what percentage aboriginal peoples are of the population in that region, and the size of the Heiltsuk Band relative to other aboriginal groups and the general population in the region.

catégorie J. Aucune preuve n'indique à qui et suivant quels critères sont attribuées les 2 051 tonnes de roque de hareng sur varech qui restent après que les 224 tonnes réservées aux titulaires de permis de catégorie J ont été réparties entre ces derniers. Il n'y a pas non plus de preuve concernant le nombre de groupes d'autochtones qui vivent dans la région où est récoltée cette ressource, le pourcentage que représentent les autochtones par rapport à l'ensemble de la population de cette région et la taille de la bande des Heiltsuk par rapport aux autres groupes autochtones et à la population générale de la région.

81

In the courts below, the judges considering the justification issue avoided the difficulties created by the inadequacy of the evidentiary record in two ways: they either held that the nature of the appellants' actions rendered the government's actions justifiable (the approach of the trial judge) or they held that the allocation of 60 per cent of Category J licences to aboriginal groups demonstrated that the government's regulatory scheme was justifiable. The problem with the first of these approaches is that the nature of the appellants' actions is not relevant to the inquiry into the constitutionality of the regulation under which they were charged. The problem with the second approach is that the fact that 60 per cent of the Category J licences were held by aboriginal people does not demonstrate, in itself, that the licences were allocated in a manner which took into account the existence of aboriginal rights. It is, perhaps, consistent with that having taken place, but absent some further evidence as to how or why this result was reached, about the percentage of aboriginal people in relation to the population of the British Columbia coast as a whole, and about the other allocation issues in the herring roe and herring spawn on kelp fisheries, the fact that 60 per cent of the Category J licences are held by aboriginal peoples does not, on its own, serve to justify the government's actions.

Les juges des cours inférieures qui ont étudié la question de la justification ont évité de deux façons les difficultés créées par l'insuffisance de la preuve: soit en statuant que la nature des actions des appelants avait pour effet de rendre les actions de l'État justifiables (approche appliquée par le juge du procès), soit en concluant que l'attribution de 60 pour 100 des permis de catégorie J aux groupes autochtones démontrait que le régime de réglementation public était justifiable. Le problème que pose la première approche est que la nature des actions des appelants n'est pas pertinente pour l'examen de la constitutionnalité de la disposition réglementaire en vertu de laquelle ils ont été accusés. Le problème que pose la seconde approche est que le fait que 60 pour 100 des permis de catégorie J étaient détenus par des autochtones ne démontre pas, en soi, que les permis ont été répartis d'une manière qui tenait compte de l'existence de droits ancestraux. Peut-être ce fait est-il compatible avec une telle conclusion, mais le fait que 60 pour 100 des permis de catégorie J sont détenus par des autochtones ne saurait, en soi, justifier les actions de l'État en l'absence d'éléments de preuve supplémentaires indiquant comment ou pourquoi on est arrivé à ce résultat, donnant le pourcentage que représentent les autochtones par rapport à l'ensemble de la population de la côte de la Colombie-Britannique et concernant les autres questions de répartition que soulèvent la pêche au hareng prêt à frayer et la récolte de la roque de hareng sur varech.

Obviously a new trial will not necessarily provide complete and definitive answers to all of these questions; however, given that the parties simply did not address the justifiability of the government scheme, other than the setting of the herring catch at 20 per cent of the total herring stock, a new trial will almost certainly provide the court with better information than currently exists. Prior to *Sparrow* it was not clear what the government, or parties challenging government action, had to demonstrate in order to succeed in s. 35(1) cases; this lack of clarity undoubtedly contributed to the deficiency of the evidentiary record in this case. A new trial on the question of justification will remedy this deficiency.

A new trial is not, however, necessary with regards to the first aspect of the government's scheme; the evidentiary record clearly demonstrates that this aspect of the government's scheme was justified. Witnesses testified as to the conservation objectives of setting the stock at 20 per cent and as to the difficulties encountered by the herring fishery when the catch was set at much higher levels, as was the case in the 1960s. Moreover, the defence witness Dr. Gary Vigers testified that "fisheries management is full of uncertainty"; in the context of such uncertainty this Court must grant a certain level of deference to the government's approach to fisheries management.

Although the evidence regarding consultation is somewhat scanty, and more will hopefully be presented at a new trial on the justification issue, there is some evidence to suggest that the government was cognizant of the views of aboriginal groups with regards to the herring fishery. The correspondence between the Native Brotherhood and the Department is indicative of the existence of such consultation. Finally, the setting of the herring catch at 20 per cent of the fishable herring

Il va de soi qu'un nouveau procès n'apportera pas nécessairement des réponses complètes et définitives à toutes ces questions. Cependant, comme les parties n'ont tout simplement pas abordé la question du caractère justifiable du régime gouvernemental de réglementation, sauf pour la fixation des prises admissibles à 20 pour 100 de l'ensemble des stocks de hareng, un nouveau procès fournira certainement au tribunal des renseignements plus complets que ceux disponibles actuellement. Avant l'arrêt *Sparrow*, ce que l'État ou les parties qui contestaient les mesures prises par ce dernier devaient prouver pour avoir gain de cause dans les affaires fondées sur le par. 35(1) n'était pas clair. Cette incertitude a sans aucun doute contribué aux lacunes dont souffre la preuve au dossier dans la présente affaire. La tenue d'un nouveau procès sur la question de la justification permettra d'y remédier.

Un nouveau procès n'est toutefois pas nécessaire à l'égard du premier aspect du régime gouvernemental de réglementation. La preuve au dossier démontre clairement que cet aspect du régime était justifié. Des témoins ont déposé à l'égard des objectifs de conservation visés par la décision de fixer les prises admissibles à 20 pour 100 des stocks, et des difficultés éprouvées par la pêche au hareng lorsque ces prises étaient établies à des niveaux beaucoup plus élevés, comme c'était le cas dans les années 1960. De plus, Gary Vigers, témoin expert de la défense, a déclaré que «la gestion de la pêche est remplie d'incertitudes». Compte tenu de ces incertitudes, notre Cour doit, dans une certaine mesure, s'en remettre à l'approche appliquée par l'État dans la gestion des pêches.

Même si la preuve touchant les consultations est un peu sommaire et qu'il est à souhaiter qu'elle sera étoffée à l'occasion d'un nouveau procès sur la question de la justification, il existe néanmoins certains éléments qui tendent à indiquer que l'État connaissait les vues des groupes autochtones sur la pêche au hareng. La correspondance échangée par la Native Brotherhood et le ministère témoigne de l'existence de ces consultations. Enfin, comme elle vise des objets de conservation et qu'elle ne porte

stock, because aimed at conservation, and not affecting the priority of aboriginal versus non-aboriginal users of the fishery, is consistent with the priority scheme as laid out in *Sparrow* and as elaborated in this judgment.

V. Disposition

85 In the result, the appeal is allowed and a new trial directed on the issue of guilt or innocence and, with regards to the constitutionality of s. 20(3), on the issue of the justifiability of the government's allocation of herring.

86 For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question: Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants 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 the appellants?

Answer: This question will have to be sent back to trial to be answered in accordance with the analysis set out in these reasons.

The following are the reasons delivered by

87 LA FOREST J. (dissenting) — This appeal raises the issue of whether s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324 is, in the circumstances of this case, of no force or effect as infringing on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, by which the aboriginal rights of Canada's aboriginal people are recognized and affirmed. Section 20(3) prohibits buying, selling or bartering, or attempting to buy, sell or barter herring spawn on kelp not taken under the authority of a Category J. licence. The issue raised involves a consideration of whether the Heiltsuk people of British Columbia had at one time an aboriginal right to trade and sell herring spawn on kelp and its nature; whether, assuming there was such a right, it

pas atteinte au droit de priorité des usagers autochtones vis-à-vis des autres usagers de la ressource, la décision de fixer les prises admissibles à 20 pour 100 des stocks de hareng exploitables est compatible avec l'ordre de priorité établi dans *Sparrow*, et explicité dans le présent jugement.

V. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de faire droit au pourvoi et d'ordonner un nouveau procès sur la question de la culpabilité ou de l'innocence, et, en ce qui concerne la constitutionnalité du par. 20(3), sur la question du caractère justifiable de la répartition du hareng par l'État.

Pour les motifs qui précèdent, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question: Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

Réponse: Cette question doit être renvoyée à la juridiction de première instance afin qu'on y réponde conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant parce qu'il porte atteinte au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits ancestraux des peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 20(3) interdit d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger de la roque de hareng sur varech, à moins que celle-ci n'ait été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J. Pour trancher la question soulevée, il nous faut d'abord décider si les Heiltsuk de la Colombie-Britannique ont déjà eu le

has been extinguished; and whether if such right continues to exist its infringement may be justified.

Background

The Chief Justice has set forth the facts and judicial history in some detail and I need only set them forth in brief terms here.

The appellants are members of the Heiltsuk people of British Columbia and were charged with having offered to sell and with having attempted to sell herring spawn on kelp contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, which provides that contravention of the Act or the regulations adopted thereunder is an offence punishable on summary conviction. The regulations, adopted by the Governor in Council in accordance with s. 34 of the Act, form a federal regulatory scheme relating to herring fishing in Canadian fisheries waters on the Pacific Coast. Section 20(3) of the regulations reads:

20. . . .

(3) No person shall buy, sell, barter, or attempt to buy, sell, or barter herring spawn on kelp other than herring spawn on kelp taken or collected under the authority of a Category J licence.

During the course of the proceedings, the appellants raised a number of issues relating to the evidence presented by the Crown and the elements of the offences with which they were charged. The appellants have abandoned most of these arguments, but nonetheless submitted before this Court that the Crown had failed to correctly prove an attempt to sell. On this issue, it is sufficient to say that I agree with the Chief Justice, and I shall therefore confine myself to the constitutional issues.

The appellants were initially convicted of both charges against them. Although the trial judge recognized that the Act and the regulations infringed

droit ancestral de vendre et d'échanger de la rogue de hareng sur varech, et quelle était la nature de ce droit. À supposer qu'un tel droit ait existé, il faut ensuite se demander s'il a été éteint. Enfin, dans l'hypothèse où ce droit continuerait d'exister, il faut déterminer si sa violation peut être justifiée

Contexte

Comme le Juge en chef a exposé en détail les faits et l'historique des procédures judiciaires, il me suffira de les rappeler brièvement.

Les appelants, des Heiltsuk de la Colombie-Britannique, ont été accusés d'avoir offert de vendre et d'avoir tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech contrairement au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, qui dispose que toute contravention à la Loi ou à ses règlements d'application est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Le règlement en cause, pris par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 34 de la Loi, établit un régime fédéral de réglementation applicable à la pêche au hareng dans les pêcheries canadiennes de la côte du Pacifique. Le paragraphe 20(3) du règlement est ainsi rédigé:

20. . . .

(3) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger de la rogue de hareng sur varech, à moins que celle-ci n'ait été prise ou recueillie en vertu d'un permis de catégorie J.

Au cours des procédures, les appelants ont soulevé un certain nombre de questions concernant la preuve produite par le ministère public et les éléments constitutifs des infractions dont ils ont été accusés. Ils ont abandonné la plupart de ces arguments, mais ont néanmoins soutenu devant notre Cour que le ministère public n'avait pas prouvé correctement la tentative de vente. Sur ce point, qu'il suffise de dire que je suis d'accord avec le Juge en chef et que je m'en tiendrai donc aux questions d'ordre constitutionnel.

Les appelants ont d'abord été déclarés coupables des deux accusations portées contre eux. Bien que le juge du procès ait reconnu que la Loi et le

88

89

90

the appellants' constitutional right to barter and sell herring spawn on kelp, he was of the opinion that such infringement was justified and, therefore, constitutionally valid. On appeal to the Supreme Court of British Columbia, Anderson J. upheld the conviction on the second count (attempt to sell), concluding that the appellants' constitutional right to trade herring spawn on kelp was not infringed by the Act or its regulations. A majority of a five-judge panel of the Court of Appeal for British Columbia (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, dismissed the appellants' appeal with respect to the second count, finding that they were not at the time the offences were allegedly committed exercising an aboriginal right. The appellants applied for and were granted leave to appeal to this Court. Subsequently, the Chief Justice stated the following constitutional question:

Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants 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 the appellants?

Analysis

91

It will, I think, be useful to set forth my conclusions at the outset. I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice and those of my colleagues Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin in the instant appeals and in the companion cases of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672. Although I am in general agreement with the framework articulated by the Chief Justice in *Van der Peet* pertaining to the definition of the nature and scope of aboriginal rights recognized and affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, I cannot share his views regarding its application to the present case. As I see it, the appellants have failed to establish that when they took part in the activities giving rise to this litigation, they were exercising an aboriginal right.

Règlement portaient atteinte au droit constitutionnel des appelants de vendre et d'échanger de la rogue de hareng sur varech, il a dit être d'avis que cette atteinte était justifiée et donc constitutionnellement valide. En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Anderson a confirmé la déclaration de culpabilité à l'égard du deuxième chef (tentative de vente), concluant que le droit constitutionnel des appelants d'échanger de la rogue de hareng sur varech n'était pas violé par la Loi ou son règlement d'application. Une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, a, à la majorité, rejeté l'appel formé par les appelants contre le deuxième chef d'accusation, statuant que ces derniers n'exerçaient pas un droit ancestral au moment où ils auraient perpétré les infractions. Les appelants ont demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Par la suite, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

Analyse

Il sera utile, je crois, de formuler mes conclusions dès le départ. J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et ceux de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans les présents pourvois et les pourvois connexes *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672. Quoique je sois d'accord de façon générale avec le cadre d'analyse établi par le Juge en chef dans *Van der Peet* relativement à la définition de la nature et de la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je ne peux partager son avis quant à l'application de ce cadre d'analyse à la présente espèce. À mon sens, les appelants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont participé aux activités ayant donné naissance au

Moreover, even if the appellants had demonstrated that the Heiltsuk of British Columbia did at some time benefit from the aboriginal right claimed, I am of the view that any such right would now be extinguished. I would therefore dismiss the appeals and answer the constitutional question in the negative, and I need not enter into the issue of justification.

1. *The Aboriginal Right Issue*

In the *Van der Peet* case, the Chief Justice proceeded to a purposive analysis of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* in defining the content of aboriginal rights as they are recognized and affirmed in our Constitution. This provision reads:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

The basis of aboriginal rights, he explained, lies in aboriginal occupation of the territory that is now Canada before the arrival of Europeans. As Judson J. had earlier put it in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 328, “the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries”. This, as he added, is the foundation of Indian title and, I would add, of aboriginal rights generally. It follows that these rights, though (as *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, confirms) exercisable by modern instrumentalities, must in essence be integrally related to traditional Indian habits and mode of life. To use the Chief Justice’s expression, an aboriginal right is the right to engage in a practice or activity that is integral to their distinctive culture as it existed when the Europeans arrived. To gain constitutional status, such a right must not have been extinguished by the Crown before the coming into force of s. 35(1) in 1982.

présent litige. De plus, même s’ils avaient démontré que les Heiltsuk de la Colombie-Britannique ont, à une certaine époque, effectivement joui du droit ancestral revendiqué, je suis d’avis qu’un tel droit est maintenant éteint. Je rejetterais donc les pourvois et répondrais par la négative à la question constitutionnelle. Je n’ai pas à examiner la question de la justification.

1. *La question du droit ancestral*

Dans *Van der Peet*, le Juge en chef a d’abord analysé les objets qui sous-tendent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, afin de définir la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés dans notre Constitution. Cette disposition est ainsi libellée:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Le fondement des droits ancestraux, a-t-il expliqué, réside dans l’occupation par les autochtones, avant l’arrivée des Européens, du territoire qui forme maintenant le Canada. Comme l’avait déjà dit le juge Judson dans l’arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 328, «il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l’avaient fait depuis des siècles». Voilà, a précisé le juge Judson, le fondement du titre indien, et, ajouterais-je, celui des droits ancestraux en général. Il s’ensuit que, même s’ils peuvent être exercés par des moyens modernes (comme le confirme l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075), ces droits doivent par essence faire partie intégrante des coutumes et du mode de vie traditionnels des Indiens. Pour reprendre la formule du Juge en chef, un droit ancestral est le droit qu’ont des autochtones de s’adonner à une pratique ou à une activité qui faisait partie intégrante de leur culture distinctive, telle qu’elle existait lorsque les Européens sont arrivés. Pour se voir reconnaître un statut constitutionnel, un tel droit ne doit pas avoir été éteint par l’État avant l’entrée en vigueur du par. 35(1) en 1982.

93

The trial judge, Lemiski Prov. Ct. J., came to the conclusion that the Heiltsuk people of British Columbia did have an aboriginal right, within the meaning of s. 35(1), to barter and trade herring spawn on kelp, but that the activities the appellants engaged in at the time the offences were allegedly committed were very different from the traditional activities that had given rise to that aboriginal right. In coming to this conclusion, Lemiski Prov. Ct. J. had the benefit of this Court's decision in *Sparrow, supra*, and it is apparent that he, too, shared the view that an aboriginal right pertained to what formed an integral part of the distinctive culture of a given aboriginal society. His conclusions of facts explaining his position are stated in the following passage of his reasons:

This is not a situation where a small quantity of spawn was openly sold, traded or bartered in the Bella Bella region.

The Accused were attempting to sell a relatively large quantity of spawn in a surreptitious manner to a foreign buyer in a location far removed from the Heiltsuk Band's region. In the total context of the historical manner and extent of the herring spawn on kelp trade by the Heiltsuk Band and the present manner and extent of commercial trade Fisheries Officers were justified in interfering with this transaction.

The overall justification lies within the broad definition of proper management and conservation of the resource. The special trust relationship cannot be applied to offset that because of the unique circumstances.

I am satisfied that this transaction was totally out of character and context with respect to either any existing exercise of aboriginal rights to sell fish or any licensed sale. In *Sparrow* the Supreme Court of Canada said:

"Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group".

There is no evidence before me that the Accused were conducting a transaction "in keeping with the culture and existence" of the Heiltsuk Band. [Emphasis added.]

Le juge Lemiski de la Cour provinciale, juge du procès, a conclu que les Heiltsuk de la Colombie-Britannique avaient un droit ancestral, au sens du par. 35(1), d'échanger de la rogue de hareng sur varech, mais que les activités auxquelles s'adonnaient les appelants au moment des infractions reprochées étaient très différentes des activités traditionnelles qui avaient donné naissance à ce droit ancestral. Lorsqu'il a tiré cette conclusion, le juge Lemiski avait eu l'avantage de prendre connaissance de l'arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, et il est évident qu'il était lui aussi d'avis qu'un droit ancestral se rapporte à ce qui faisait partie intégrante de la culture distinctive d'une société autochtone donnée. Ses conclusions de fait expliquant sa position sont énoncées dans le passage qui suit de ses motifs:

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une situation où une petite quantité de rogue a été vendue ou échangée ouvertement dans la région de Bella Bella.

Les accusés ont tenté de vendre subrepticement une quantité relativement importante de rogue à un acheteur étranger, dans un lieu très éloigné de la région où vit la bande des Heiltsuk. Vu le contexte global des modalités et de l'ampleur des échanges de rogue de hareng sur varech faits historiquement par la bande de Heiltsuk, ainsi que les modalités et l'ampleur de la présente opération commerciale, les agents des pêches étaient justifiés d'empêcher cette opération.

La justification générale réside dans la définition large de la gestion et de la conservation judicieuses de la ressource. Les rapports spéciaux de fiduciaire ne peuvent, vu les circonstances exceptionnelles, être invoqués pour faire échec à cette justification.

Je suis convaincu que, de par sa nature et de par le contexte, cette opération ne constitue aucunement l'exercice de droits ancestraux de vendre du poisson ou une vente autorisée. Dans *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a dit ceci:

«Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe».

Il ne m'a été présenté aucune preuve indiquant que les accusés effectuaient une opération «en harmonie avec la culture et le mode de vie» de la bande des Heiltsuk. [Je souligne.]

On this basis, I would conclude that the appellants have not established that they were exercising an aboriginal right at the time the alleged offences were committed. I am prepared to agree that the Heiltsuk had an aboriginal right to barter and trade herring spawn on kelp to a certain degree. The evidence demonstrated that the Heiltsuk had been engaged in such activities for some time before contact with the Europeans and those activities, at times, involved very large quantities of fish. As the evidence demonstrated, such activities had special significance to the Heiltsuk. After the resource had satisfied their own needs, they engaged in such trading activities only because they valued sharing resources with other bands who did not have access to such a resource. As the majority of the Court of Appeal put it, at para. 50: “[t]he aboriginal activity was rooted in a culture which gave significance to sharing a resource, to which one nation had ready access, while other Indian peoples did not.” In that sense, the bartering and trading of herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk Band because of the distinctive significance such activities had for them. That special significance is what made bartering and trading in herring spawn on kelp a part of their distinctive culture.

It is important to underline that the trial judge’s findings of fact are to the effect that the activity of bartering and trading historically engaged in by the Heiltsuk people was not in itself of a kind that can be characterized as forming an integral part of their distinctive culture. Bartering and trading was integral to the distinctive culture of the Heiltsuk Band because of the context in which it occurred. Without it, such activity does not constitute an integral part of their distinctive culture and thus any trading and bartering that is not done in that context cannot in any way be said to form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk society.

Sur ce fondement, je conclurais que les appelants n’ont pas établi qu’ils exerçaient un droit ancestral au moment des infractions reprochées. Je suis disposé à convenir que les Heiltsuk possédaient, dans une certaine mesure, un droit ancestral d’échanger de la rogue de hareng sur varech. La preuve a montré que les Heiltsuk exerçaient de telles activités depuis un certain temps déjà avant le contact avec les Européens, et que ces activités portaient parfois sur de très importantes quantités de poisson. Comme la preuve l’a démontré, ces activités avaient une importance spéciale pour les Heiltsuk. Une fois que la ressource leur avait permis de satisfaire leurs propres besoins, ils ne pratiquaient ce genre d’activités d’échange que parce qu’il était important pour eux de partager des ressources avec d’autres bandes n’ayant pas accès à celles-ci. Comme l’ont exprimé les juges de la majorité de la Cour d’appel, au par. 50: [TRADUCTION] «[l]es activités des autochtones étaient enracinées dans une culture qui accordait de l’importance au partage d’une ressource à laquelle une nation indienne avait, contrairement à d’autres, aisément accès.» En ce sens, les échanges de rogue de hareng sur varech faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la bande des Heiltsuk à cause de l’importance distinctive que celle-ci attachait à ces activités. Cette importance spéciale est ce qui faisait des échanges de rogue de hareng sur varech une partie de la culture distinctive de la bande.

Il importe de souligner que les conclusions de fait du juge du procès indiquent que les échanges pratiqués historiquement par les Heiltsuk n’étaient pas en soi un type d’activités pouvant être qualifiées de partie intégrante de la culture distinctive de ceux-ci. Ces activités d’échange faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la bande des Heiltsuk en raison du contexte dans lequel elles se déroulaient. En dehors de ce contexte, ces activités ne font pas partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk et, en conséquence, il est impossible d’affirmer que les échanges qui ne sont pas effectués dans ce contexte font partie intégrante de la culture distinctive de la société heiltsuk.

96 Accordingly, I agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the activities the appellants were engaged in when the offences were allegedly committed did not form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk people. It is elementary that when the Heiltsuk trade herring spawn on kelp in large quantities to Japanese clients, they do so for the unique — although quite legitimate — purpose of satisfying their own financial interests and clearly not in pursuance of the values rooted in their cultural distinctiveness to which I have referred. Consequently, I do not think that the aboriginal rights of the Heiltsuk people are infringed because they cannot by virtue of such rights sell herring spawn on kelp as they wish to Japanese interests.

97 My conviction is strengthened by the fact that the evidence established that it was not before the 1970s that the Heiltsuk engaged in commercial activities involving herring spawn on kelp and that they did so in response to a strong demand for the product from Asian markets. The Heiltsuk herring spawn on kelp industry therefore developed in order to take advantage of an economic opportunity created by that strong demand (see also *Heiltsuk Indian Band v. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308). We are light years away from the ancient practice of sharing resources with fellow bands in furtherance of spiritual ideals.

98 In view of the different conclusion arrived at by the Chief Justice, however, it becomes important to examine in more detail the factual and evidentiary foundation that lies at the root of our disagreement. Briefly, the Chief Justice's conclusion is that the appellants had successfully established that when they offered to sell herring spawn on kelp — the events that led to the charges — they were exercising an aboriginal right. In his view, the facts as found by the trial judge, as well as the evidence he relied upon, supported the appellants' claim that the "exchange of herring spawn on kelp for money or other goods was a central, significant and defining feature of the culture of the Heiltsuk

Par conséquent, je suis d'accord avec le juge du procès et la majorité de la Cour d'appel que les activités exercées par les appelants au moment des infractions reprochées ne faisaient pas partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. Il va de soi que lorsque les Heiltsuk vendent de la rogue de hareng sur varech en grandes quantités à des clients japonais, ils le font dans le but unique — quoique tout à fait légitime — de veiller à leurs propres intérêts financiers, et manifestement pas conformément aux valeurs enracinées dans la culture distinctive dont je viens de parler. En conséquence, je ne pense pas que les droits ancestraux des Heiltsuk ont été violés parce que ceux-ci ne peuvent pas, en vertu de ces droits, vendre à leur guise de la rogue de hareng sur varech à des clients japonais.

Ma conviction est renforcée par le fait que la preuve a établi que ce n'est qu'à compter des années 1970 que les Heiltsuk ont commencé à pratiquer des activités commerciales visant la rogue de hareng sur varech, et qu'ils l'ont fait pour répondre à la forte demande pour ce produit sur les marchés asiatiques. L'industrie de la rogue de hareng sur varech s'est donc développée chez les Heiltsuk en raison des possibilités économiques créées par cette forte demande (voir aussi la décision *Bande indienne des Heiltsuk c. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308). Nous sommes à des années-lumière de l'ancienne pratique de partage des ressources avec des bandes amies dans la poursuite d'idéaux spirituels.

Toutefois, étant donné la conclusion différente tirée par le Juge en chef, il importe d'examiner plus en détail les faits et les éléments de preuve qui sont à la base de notre désaccord. En bref, le Juge en chef conclut que les appelants ont réussi à établir que, lorsqu'ils ont offert de vendre de la rogue de hareng sur varech — faits générateurs des accusations — ils exerçaient un droit ancestral. À son avis, les faits constatés par le juge du procès, ainsi que la preuve sur laquelle ce dernier s'est appuyé, étaient la prétention des appelants que «l'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens était une caractéristique fondamentale, importante et déterminante de la culture

prior to contact” (at para. 26). He also added that the facts supported the appellants’ further claim that “the exchange of herring spawn on kelp on a scale best characterized as commercial was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk” (at para. 26). He referred to the trial judge’s comments, found under sub-heading 2 “Ancestral Activity (‘Existing Rights’)” of Part IV of his reasons, which I will for convenience repeat:

It cannot be disputed that hundreds of years ago, the Heiltsuk Indians regularly harvested herring spawn on kelp as a food source. The historical/anthropological records readily bear this out.

I am also satisfied that this Band engaged in inter-tribal trading and barter of herring spawn on kelp. The exhibited Journal of Alexander McKenzie [*sic*] dated 1793 refers to this trade and the defence lead [*sic*] evidence of several other references to such trade.

The Crown conceded that there may have been some incidental local trade but questions its extent and importance. The very fact that early explorers and visitors to the Bella Bella region noted this trading has to enhance its significance. All the various descriptions of this trading activity are in accord with common sense expectations. Obviously one would not expect to see balance sheets and statistics in so primitive a time and setting.

With respect, I cannot agree with the Chief Justice’s conclusion. On the contrary, as I indicated earlier, my understanding of the trial judge’s reasons is that he found the appellants had failed to establish that they were exercising an aboriginal right when they attempted to sell the herring spawn on kelp. The findings of fact of the trial judge were so understood and accepted by both the British Columbia Supreme Court and the Court of Appeal. The appellants have not convinced me that these should be disturbed. As I see it, the confusion arises from the fact that the trial judge made some of his findings — in the first of the passages from his reasons cited earlier (para. 7) — in the course of addressing the issue of justification. These find-

distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens» (au par. 26). Il a ajouté que les faits appuyaient aussi la thèse des appelants que «l’échange de la rogue de hareng sur varech, sur une échelle qu’il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk» (au par. 26). Il a fait état des observations formulées par le juge du procès, à la rubrique 2 [TRADUCTION] «Activité ancestrale («Droits existants»)», à la partie IV de ses motifs, observations que je vais répéter par souci de commodité:

[TRADUCTION] Il est incontestable qu’il y a des siècles, les Indiens Heiltsuk récoltaient régulièrement la rogue de hareng sur varech comme source de nourriture. C’est un fait dont la réalité est attestée par les documents historiques et anthropologiques.

Je suis également convaincu que la bande échangeait cette denrée avec d’autres tribus. Le journal d’Alexander McKenzie [*sic*] datant de 1793, qui a été versé en preuve, fait mention de ces échanges et la défense a présenté des éléments de preuve faisant état de nombreuses autres mentions de ces échanges.

Le ministère public a concédé qu’il a pu y avoir certains échanges accessoires, mais il a mis en doute leur ampleur et leur importance. Le fait même que les premiers explorateurs et visiteurs de la région de Bella Bella aient noté ces échanges en accentue l’importance. Les diverses descriptions faites de ces activités d’échange concordent avec ce à quoi on peut logiquement s’attendre. Il va de soi que personne ne s’attend à trouver des bilans et des statistiques à une époque et en des lieux aussi primitifs.

En toute déférence, je ne peux souscrire à la conclusion du Juge en chef. Au contraire, comme je l’ai dit plus tôt, il appert selon moi des motifs du juge du procès que ce dernier a conclu que les appelants n’ont pas établi qu’ils exerçaient un droit ancestral lorsqu’ils ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech. Voilà comment et la Cour suprême et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont interprété et accepté les conclusions de fait du juge du procès. Les appelants ne m’ont pas persuadé qu’il y avait lieu de modifier ces conclusions. Selon moi, la confusion résulte du fait que le juge du procès a formulé certaines de ses conclusions — qui figurent dans le premier des extraits cités précédemment (au par. 7) — dans le

ings were relevant to the definition of the scope of the aboriginal right at issue rather than to the issue of justification and he should have concluded from these that the appellants had failed to establish that they were exercising an aboriginal right when they attempted to sell the herring spawn on kelp.

100 To fully understand the trial judge's reasoning, it is important to carefully review the passage from his reasons to which I have just referred. On the one hand, the trial judge found that the appellants established that the Heiltsuk people had had in a particular context an aboriginal right to barter and trade herring spawn on kelp to a certain extent, based on the findings of facts he made, and to which the Chief Justice referred. But he clearly was of the opinion that this is not what the appellants were doing here. The nature, the extent and the context in which the impugned transactions took place were such that they had absolutely no relationship to the traditional activities of trading and bartering herring spawn on kelp that had given rise to an aboriginal right.

101 Anderson J. of the British Columbia Supreme Court also made comments relevant to the definition of the scope of the right at issue in the part of his reasons regarding justification. He first agreed with the trial judge that "the Heiltsuk Band historically had taken herring spawn on kelp for food and domestic purposes and also had engaged in inter-tribal trading and bartering of herring spawn and accordingly, that they had an aboriginal right to do so". But he added — in the course of dealing with justification — that he had not been able to "translate that right into an absolute and unfettered right to harvest herring spawn in any quantity and to sell the spawn so harvested commercially". The majority of the Court of Appeal correctly interpreted the scope of the trial judge's analysis that, at the end of the day, indicated that the appellants had failed to establish that they were exercising an aboriginal right when they offered to sell the herring spawn

cours de son analyse de la question de la justification. Ces constatations étaient pertinentes pour la définition de la portée du droit ancestral en cause plutôt qu'à l'égard de la question de la justification, et le juge du procès aurait dû en conclure que les appelants n'avaient pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech.

Pour bien comprendre le raisonnement du juge du procès, il est important d'étudier attentivement le passage de ses motifs dont je viens de parler. Le juge du procès a bien statué, sur la foi des conclusions de fait qu'il a tirées et dont le Juge en chef a fait état, que les appelants avaient établi que les Heiltsuk avaient possédé, dans un contexte particulier, un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech dans une certaine mesure. Toutefois, il était clairement d'avis que ce n'était pas ce que les appelants avaient fait en l'espèce. La nature, l'ampleur et le contexte des opérations reprochées étaient absolument sans rapport avec les activités traditionnelles d'échange de rogue de hareng sur varech qui avaient donné naissance à un droit ancestral.

Le juge Anderson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a lui aussi fait des observations pertinentes quant à la définition de la portée du droit en cause dans la partie de ses motifs traitant de la justification. Il a d'abord souscrit aux propos du juge du procès selon lesquels [TRADUCTION] «la bande des Heiltsuk avait historiquement récolté de la rogue de hareng sur varech pour se nourrir et pour des fins domestiques, en plus d'échanger cette ressource à d'autres tribus, de sorte qu'elle avait un droit ancestral de le faire». Cependant, il a ajouté — dans son examen de la question de la justification — qu'il avait été incapable de [TRADUCTION] «considérer ce droit comme étant un droit absolu et illimité de récolter n'importe quelle quantité de rogue de hareng et de vendre cette récolte commercialement». La Cour d'appel à la majorité a correctement interprété la portée de l'analyse du juge du procès qui l'a, en bout de ligne, amené à conclure que les appelants n'avaient pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont offert de vendre de la rogue

on kelp. Macfarlane J.A. had this to say, at paras. 49-52:

It is clear that the trial judge and the summary appeal judge did not view the activity in question as being an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk people. I agree that the activity is different in nature and quality than the aboriginal right identified by the evidence.

The case is not one that turns on quantity, although both judges below took account of the quantity involved. There was evidence of considerable quantities being transported to other Indians in aboriginal times. But the quality and character of the activity in aboriginal times was quite different from that disclosed by the evidence in this case. The aboriginal activity was rooted in a culture which gave significance to sharing a resource, to which one nation had ready access, while other Indian peoples did not.

Both judges below said that the activity in question in this case was not of the same character as the activity which attracts protection as an aboriginal right.

In my view, the appellants have not established that they were exercising an aboriginal right when they attempted to sell the product in Vancouver. [Emphasis added.]

As the Chief Justice explained in his reasons in *Van der Peet, supra*, taking into account the perspective of the aboriginal people is necessary because one of the purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. But it is also necessary to do so in order to properly delineate the scope of aboriginal rights. The perspective a given aboriginal people had regarding a given practice indicates its place within its society and, ultimately, whether it was integral to its distinctive culture and to what extent. This, I think, is clear from the reasons of the Chief Justice in *Van der Peet* (see para. 58) as I understand them, but, with respect, I do not think it was properly taken into account in his analysis

de hareng sur varech. Le juge Macfarlane a dit ceci, aux par. 49 à 52:

[TRADUCTION] De toute évidence, le juge du procès et le juge d'appel des poursuites sommaires n'ont pas considéré que les activités en question faisaient partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. Je suis d'accord que ces activités diffèrent, de par leur nature et leur qualité, du droit ancestral révélé par la preuve.

Les quantités ne sont pas l'élément déterminant du présent litige, bien que les deux juges des juridictions inférieures aient tenu compte de la quantité en cause. Il y avait des éléments de preuve indiquant que des quantités considérables étaient transportées chez d'autres Indiens aux temps des aborigènes. Toutefois, les activités exercées aux temps des aborigènes étaient très différentes, de par leur qualité et leur nature, de celles révélées par la preuve en l'espèce. Les activités des autochtones étaient enracinées dans une culture qui accordait de l'importance au partage d'une ressource à laquelle une nation indienne avait, contrairement à d'autres, aisément accès.

Les deux juges des juridictions inférieures ont dit que les activités en question n'étaient pas de la même nature que celles justifiant d'être protégées à titre de droit ancestral.

À mon avis, les appelants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont tenté de vendre le produit à Vancouver. [Je souligne.]

Comme le Juge en chef l'a expliqué dans ses motifs dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, il faut tenir compte du point de vue des autochtones parce que l'un des objets du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Cependant, il est également nécessaire de le faire pour bien délimiter la portée des droits ancestraux. Le point de vue qu'avait un peuple autochtone donné à l'égard d'une certaine pratique indique la place de cette pratique dans cette société et, en définitive, si cette pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de ce peuple et, si oui, dans quelle mesure. À mon avis, cela ressort clairement des motifs du Juge en chef dans *Van der Peet* (voir le par. 58), mais, en toute déférence, je ne crois qu'il en ait été tenu adéquatement compte dans l'analyse du Juge en chef dans le présent

here given the findings of fact made by the trial judge.

103 The conclusion arrived at by the Chief Justice to the effect that the facts supported the appellants' further claim that "the exchange of herring spawn on kelp on a scale best characterized as commercial was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk" people, therefore, seems to me wholly inconsistent with the findings of fact made by the trial judge and confirmed by both appellate courts to the effect that the impugned transactions lacked that fundamental element upon which it was found that historical trading and bartering practices was an aboriginal right. That is why I cannot agree with the Chief Justice's analysis and conclusion.

104 I would add that in *Van der Peet, supra*, the Chief Justice held, at para. 59, that a "practical way" to assess whether a given activity was integral to the distinctive culture of a given aboriginal society is to ask "whether, without this practice, custom or tradition, the culture in question would be fundamentally altered or other than what it is". I do not think it is possible in the present case to answer this question in the affirmative when the evidence and the findings of fact made by the trial judge upon it, and followed by both appellate courts, are properly taken into account. The impugned transactions occurred outside the particular context that constitutes the specific reason why ancient trading and bartering practices were considered integral to the distinctive culture of the Heiltsuk.

105 I, therefore, conclude that the appellants have failed to establish that, in engaging in the activities that have given rise to this litigation, they were exercising an aboriginal right.

2. *The Issue of Extinction*

106 Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* guarantees existing treaty and aboriginal rights. As this Court noted in *Sparrow, supra*, this implies that rights falling within the purview of s. 35(1) are those which had not been extinguished by the

pourvoi, eu égard aux conclusions de fait du juge du procès.

La conclusion du Juge en chef, selon laquelle les faits appuyaient aussi la thèse des appelants que [TRADUCTION] «l'échange de la rogue de hareng sur varech, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk», me semble donc tout à fait incompatible avec les conclusions de fait du juge du procès — confirmées par les deux juridictions d'appel — portant que les opérations reprochées étaient dépourvues de l'élément fondamental qui avait permis de conclure que les pratiques historiques d'échange constituaient un droit ancestral. Voilà pourquoi je ne peux souscrire à l'analyse et à la conclusion du Juge en chef.

J'ajouterais que, dans *Van der Peet*, précité, le Juge en chef a statué, au par. 59, qu'une «façon pratique» de déterminer si une activité donnée faisait partie intégrante de la culture distinctive d'une société autochtone donnée est de se demander «si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente». Je ne pense pas qu'il soit possible de répondre par l'affirmative à cette question dans la présente espèce si l'on prend correctement en considération la preuve ainsi que les conclusions de fait qui ont été tirées par le juge du procès à partir de celle-ci et suivies par les deux juridictions d'appel. Les opérations reprochées sont survenues hors du contexte particulier qui constitue la raison précise pour laquelle les anciennes pratiques d'échange ont été considérées comme faisant partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk.

En conséquence, je conclus que les appelants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont accompli les activités ayant donné naissance au présent litige.

2. *La question de l'extinction*

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit les droits existants — ancestraux ou issus de traités. Comme notre Cour l'a signalé dans l'arrêt *Sparrow*, précité, cela signifie que les droits visés au par. 35(1) sont ceux qui n'avaient

Crown pursuant to its power to do so when this provision came into force on April 17, 1982. The Court also made clear in *Sparrow* that the party invoking extinguishment has the onus of demonstrating that the Crown had expressed a clear and plain intention of extinguishing the aboriginal right at issue.

It is important at the outset to emphasize that, contrary to the views of Lambert J.A., the *Sparrow* decision only stands for the proposition that the Crown had not expressed a clear and plain intention to extinguish aboriginal rights regarding fishing for food, including social and ceremonial purposes, in British Columbia. This Court was very careful to confine its reasons to the specific circumstances of that case and it would be incorrect to hold that *Sparrow* stands for the proposition that the Crown has never expressed any intention to extinguish aboriginal rights — assuming they exist — relating to fishing for commercial or livelihood purposes. The Court stated, at p. 1101:

In the courts below, the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes. Rather, the focus was and continues to be on the validity of a net length restriction affecting the appellant's food fishing licence. We therefore adopt the Court of Appeal's characterization of the right for the purpose of this appeal, and confine our reasons to the meaning of the constitutional recognition and affirmation of the existing aboriginal right to fish for food and social and ceremonial purposes. [Emphasis in original.]

Before this Court, the Crown's argument was twofold. Its first submission was that Order in Council P.C. 2539 dated September 11, 1917, reveals a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish any aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia. Alternatively, it submitted that the fisheries regulations applicable in British Columbia regarding commercial harvesting of herring spawn on kelp before the coming into force of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* intended to limit aboriginal

pas été éteints par l'État en vertu du pouvoir qu'il avait de le faire quand ce paragraphe est entré en vigueur le 17 avril 1982. Notre Cour a également clairement indiqué qu'il incombe à la partie qui invoque l'extinction du droit ancestral en cause de démontrer que l'État a exprimé l'intention claire et expresse d'éteindre ce droit.

Il importe au départ de souligner que, contrairement à l'opinion du juge Lambert de la Cour d'appel, l'arrêt *Sparrow* permet seulement d'affirmer que l'État n'avait pas exprimé l'intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux en ce qui concerne la pêche pratiquée à des fins alimentaires, y compris à des fins sociales et rituelles, en Colombie-Britannique. Notre Cour a pris grand soin de s'en tenir, dans ses motifs, aux circonstances spécifiques de l'espèce, et il serait inexact de conclure que l'arrêt *Sparrow* permet d'affirmer que l'État n'a jamais exprimé l'intention d'éteindre — à supposer qu'ils existent — des droits ancestraux de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance. À la page 1101, notre Cour a dit ceci:

Devant les tribunaux d'instance inférieure, la présente affaire n'a pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance. Les débats ont plutôt porté, et portent encore, sur la validité d'une restriction quant à la longueur des filets qui touche le permis de pêche de subsistance de l'appelant. Nous adoptons donc, pour les fins du présent pourvoi, la caractérisation de ce droit donnée par la Cour d'appel et limitons nos motifs au sens de la reconnaissance et de la confirmation constitutionnelles du droit ancestral existant de pêcher à des fins de subsistance et à des fins sociales et rituelles. [Souligné dans l'original.]

Devant notre Cour, le ministère public a présenté un argument à deux volets. D'une part, il a soutenu que le décret C.P. 2539 daté du 11 septembre 1917 révèle l'intention claire et expresse de l'État d'éteindre tout droit ancestral relatif à la pêche commerciale en Colombie-Britannique. D'autre part, il a affirmé que le règlement de pêche concernant la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech qui s'appliquait en Colombie-Britannique avant l'entrée en vigueur du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* visait à limiter

activity in a way that indicates the required clear and plain intention to extinguish the aboriginal right at issue.

les activités des autochtones, d'une manière indiquant l'existence de l'intention claire et expresse requise pour entraîner l'extinction du droit ancestral en cause.

109 The Crown urges this Court to consider Order in Council P.C. 2539 carefully. The point, I think, is important, for in my view the Order in Council reveals a plain, clear and unequivocal intention on the part of the Crown to extinguish any aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia, and I shall first turn to that issue.

Le ministère public invite notre Cour à examiner attentivement le décret C.P. 2539. Ce point est, je crois, important car à mon avis le décret révèle l'intention claire, expresse et non équivoque de l'État d'éteindre tout droit ancestral relatif à la pêche commerciale en Colombie-Britannique. Je vais donc l'examiner en premier lieu.

110 Order in Council P.C. 2539 amended s. 8(2) of the *Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia* dated February 9, 1915 in order to give the fishing authorities more effective means to enforce the prohibition regarding commercial fisheries found at that time in the regulations relating to the Indian food fishing rights, while also vesting in the Chief Inspector of Fisheries the power to require permits for Indian fishing for food. As this Court held in *Sparrow, supra*, at p. 1096, "[t]he 1917 regulations were intended to make still stronger the provisions against commercial fishing in the exercise of the Indian right to fish for food" (emphasis added). The prohibition found in s. 8(2) had been introduced in the *1894 Regulations* (as s. 1), one of the very first enactments dealing with Indian Fisheries in British Columbia. Although I have found it useful to underline some key passages, it is necessary to consider Order in Council 2539 in its entirety in order to fully understand its meaning. It reads:

Le décret C.P. 2539 a modifié le par. 8(2) des *Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, datés du 9 février 1915, afin de donner aux responsables de la pêche des moyens plus efficaces de faire respecter l'interdiction concernant la pêche commerciale qui figurait alors dans le règlement régissant les droits des Indiens de pêcher à des fins alimentaires, et de conférer à l'inspecteur en chef des pêcheries le pouvoir d'exiger que les Indiens se procurent des permis les autorisant à pêcher pour se nourrir. Comme a conclu notre Cour dans *Sparrow*, précité, à la p. 1096, «[l]e règlement de 1917 avait pour but de rendre encore plus sévères les dispositions interdisant la pêche commerciale dans l'exercice du droit des Indiens de pêcher à des fins alimentaires» (je souligne). L'interdiction énoncée au par. 8(2) avait été introduite par le *Règlement de 1894* (à l'art. 1), l'un des tout premiers textes de loi portant sur la pêche indienne en Colombie-Britannique. Même si j'ai jugé utile de souligner certains passages clefs du décret C.P. 2539, il est nécessaire d'examiner celui-ci dans son ensemble afin de bien en saisir le sens. Voici le texte du décret:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their prac-

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il

tice of catching salmon they have permitted to do so for their own food purposes only, and to this end subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for British Columbia provides as follows: —

“2. Indians may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for themselves and their families, but for no other purpose; but no Indian shall spear, trap or pen fish on their spawning grounds, or in any place leased or set apart for the natural or artificial propagation of fish, or in any other place otherwise specially reserved.”

And whereas notwithstanding this concession, great difficulty is being experienced in preventing the Indians from catching salmon in such waters for commercial purposes and recently, an Indian was convicted before a local magistrate for a violation of the above quoted regulation, the evidence being that he had been found fishing and subsequently selling fish. The case was appealed and the decision of the magistrate reversed, it being held that there was no proof that the fish caught by the Indian were those sold by him;

And whereas it is further represented that it is practically impossible for the Fishery Officers to keep fish that may be caught by the Indians in non-tidal waters, ostensibly for their own food purposes, under observation from the time they are caught until they are finally disposed of in one way or another;

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

Subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, adopted

leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement; et, à cette fin, le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique prévoit ce qui suit: —

«2. Les Indiens, avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé; toutefois, nul Indien ne doit faire usage de harpons ou de pièges, ni ne peut enfermer des poissons dans les frayères ni dans aucun autre endroit affecté à la reproduction naturelle ou artificielle du poisson, ni en tout autre lieu réservé.»

Et attendu que, en dépit de cette concession, il est très difficile d'empêcher les Indiens de pêcher le saumon à des fins commerciales dans ces eaux et que, récemment, un Indien a été déclaré coupable par un magistrat local d'une infraction au règlement précité, la preuve ayant établi qu'il avait pêché et ensuite vendu le poisson capturé. L'affaire a été portée en appel et la décision du magistrat infirmée, le tribunal statuant qu'il n'y avait aucune preuve que les poissons pris par l'Indien étaient ceux qu'il avait vendus;

Et attendu qu'on fait aussi valoir qu'il est pratiquement impossible pour les surveillants des pêches d'observer constamment le poisson qui a pu être pris par les Indiens dans les eaux sans marée, apparemment pour leur propre alimentation, depuis le moment où il est pris jusqu'à celui où il en est disposé définitivement, d'une manière ou d'une autre;

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que ce règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la *Loi sur les pêcheries*, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit: —

Le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique, pris par

by Order in Council of the 9th February, 1915, is hereby rescinded, and the following is hereby enacted and substituted in lieu thereof: —

“2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose. . . . An Indian shall not fish for or catch fish pursuant to the said permit except in the waters by the means or in the manner and within the time limit expressed in the said permit, and any fish caught pursuant to any such permit shall not be sold or otherwise disposed of and a violation of the provisions of the said permit shall be deemed to be a violation of these regulations.

(a) Proof of a sale or of a disposition by any other means by an Indian of any fish shall be prima facie evidence that such fish was caught by the said Indian, and that it was caught for a purpose other than to be used as food for himself or his family, and shall throw on the Indian the onus of proving that such fish was not caught under or pursuant to the provisions of any such permit.

(b) No Indian shall spear, trap or pen fish on their spawning grounds, or in any place leased or set apart for the natural or artificial propagation of fish, or in any other place otherwise specially reserved.

(c) Any person buying any fish or portion of any fish caught under such permit shall be guilty of an offence against these regulations.” [Emphasis added.]

111

The key to a proper understanding of the Order in Council lies in its preamble, in which the purpose and rationale of the prohibition is clearly stated. In the first two paragraphs of the preamble, there is an explicit reference to (a) the fact that the aboriginal peoples of British Columbia had been catching salmon by means of spears and otherwise “since time immemorial” and to (b) the fact that, in view of the great importance the aboriginal people of British Columbia attached to that practice, they have been permitted to do so for their own food purposes as provided for in s. 8(2) of the 1915 regulations. To me, this constitutes explicit recognition on the part of the Crown of the importance of allowing the aboriginal people of British Columbia to catch fish as they had been doing since time immemorial. Therefore, the permission provided for in s. 8(2) constitutes a positive legislative rec-

décret daté du 9 février 1915, est par les présentes abrogé et remplacé par ce qui suit: —

«2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé. [. . .] Les Indiens n'ont pas le droit de capturer les espèces de poisson spécifiées, si ce n'est dans les eaux, d'après le procédé, et à l'époque prescrite dans ce permis, et ils ne peuvent ni les vendre ni en disposer autrement; toutes violations des dispositions du permis constituent une infraction à ces règlements.

a) Le fait pour un indien de vendre du poisson ou d'en disposer de toute autre façon constitue une preuve suffisante pour faire soupçonner que le poisson a été capturé par cet indien, et qu'il l'a été dans un but étranger à celui de son alimentation ou celle de sa famille; il lui devient conséquemment nécessaire de prouver que ce poisson n'a pas été pêché en vertu des dispositions du permis.

b) Nul indien ne peut faire usage de harpons ou de pièges, ni ne peut enfermer des poissons dans les frayères ni dans aucun autre endroit affecté à la reproduction naturelle ou artificielle du poisson, ni en tout autre lieu réservé.

c) Toute personne achetant du poisson ou un morceau de poisson capturé en vertu d'un tel permis se rend passible d'un délit contre ces règlements.» [Je souligne.]

La clef pour bien interpréter le décret réside dans son préambule, où sont clairement énoncés l'objet et la raison d'être de l'interdiction. Dans les deux premiers paragraphes du préambule, on fait explicitement mention: a) du fait que les peuples autochtones de la Colombie-Britannique ont pris du saumon à l'aide de harpons ou par d'autres moyens «depuis des temps immémoriaux»; b) du fait que, vu la grande importance qu'accordaient à cette pratique les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, ils étaient autorisés à la poursuivre pour satisfaire leurs propres besoins alimentaires, conformément au par. 8(2) du règlement de 1915. À mon sens, cela constitue la reconnaissance explicite par l'État du fait qu'il était important de permettre aux autochtones de la Colombie-Britannique de prendre le poisson comme ils l'avaient fait depuis des temps immé-

ognition of the aboriginal people's right to engage in fishing practices they had engaged in since time immemorial and which had great importance to them. In other words, in light of this preamble, s. 8(2) constitutes the translation of an acknowledged aboriginal practice into a statutory right.

However, it is expressly noted in the preamble, as it is in s. 8(2), that this "concession" on the part of the Crown in favour of aboriginal peoples of British Columbia regarding traditional fishing practices was not to have any commercial dimension. In other words, the Crown refused to recognize that traditional aboriginal fishing practices could in any way translate into statutory rights relating to commercial fisheries while expressly providing that engaging in commercial practices in the exercise of the Indian statutory right to food fishing was prohibited and constituted a regulatory offence.

I cannot come to any other conclusion than that Order in Council P.C. 2539 evinces a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish aboriginal rights relating to commercial fisheries — should they ever have existed. When the Crown has specifically chosen to address the issue of the translation of aboriginal practices into statutory rights and has expressly decided to limit the scope of these rights, as was done in British Columbia in relation to Indian fishing practices, then it follows, in my view, that aboriginal rights relating to practices that were specifically excluded were thereby extinguished.

I also note that, as the respondent explained, s. 8(2) has always been a central feature of the regulatory scheme regarding the Indian food fishery in British Columbia since 1894 (*Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 650); see, for example, s. 13(2) of the 1922 Regulations (*Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 1918), s. 15 of the 1925 Regulations (*Special Fishery Regulations for the*

moriaux. Par conséquent, la permission accordée au par. 8(2) constitue une reconnaissance concrète dans la loi du droit des autochtones de poursuivre les pratiques qu'ils suivaient depuis des temps immémoriaux et qui avaient pour eux une grande importance. Autrement dit, vu sous l'éclairage de ce préambule, le par. 8(2) fait d'une pratique autochtone reconnue un droit prévu par la loi.

Toutefois, il est expressément souligné dans le préambule, tout comme au par. 8(2), que cette «concession» de l'État en faveur des peuples autochtones de la Colombie-Britannique en ce qui concerne les pratiques traditionnelles de pêche n'aurait pas de dimension commerciale. En d'autres mots, l'État refusait de reconnaître que les pratiques traditionnelles de pêche des autochtones pouvaient, de quelque manière que ce soit, être converties en droits de pêche commerciale, et indiquait expressément qu'il était interdit de s'adonner à des pratiques commerciales dans l'exercice du droit qu'avaient les Indiens en vertu de la loi de pêcher pour se nourrir, et que de telles pratiques constituaient des infractions au règlement.

Je ne peux que conclure qu'il ressort du décret C.P. 2539 une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits ancestraux relatifs à la pêche commerciale — si ces droits ont jamais existé. Lorsque l'État a spécifiquement choisi de prendre des mesures concernant la question de la conversion de pratiques autochtones en droits prévus par la loi, et qu'elle a expressément décidé de limiter la portée de ces droits, comme ce fut le cas en Colombie-Britannique relativement aux pratiques des Indiens en matière de pêche, il s'ensuit, à mon avis, que les droits ancestraux touchant des pratiques qui ont été spécifiquement exclues ont, de ce fait, été éteints.

Je souligne également que, comme l'a expliqué l'intimée, le par. 8(2) a toujours été un aspect central du régime de réglementation touchant la pêche pratiquée à des fins alimentaires par les Indiens en Colombie-Britannique depuis 1894 (*Règlement de pêche de la Colombie-Britannique*, C.P. 650); voir, par exemple, le par. 13(2) du Règlement de 1922 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 1918), l'art. 15 du Règlement de

112

113

114

Province of British Columbia, P.C. 483), s. 11(2) of the 1930 Regulations (*Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 512), s. 10(2) of the 1938 Regulations (*Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 899), s. 32 of the 1954 Regulations (*British Columbia Fishery Regulations*, SOR/54-659), s. 29 of the 1977 Regulations (*British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/77-716), s. 27 of the 1984 Regulations (*British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248). Thus, in light of the provision's rationale as stated explicitly in Order in Council 2539, it seems to me that it has always been a central feature of the regulatory scheme regarding the Indian food fishery in British Columbia that the Crown did not perceive the Indians' fishing rights rooted in practices integral to their distinctive culture for centuries as extending to commercial fisheries.

1925 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 483), le par. 11(2) du Règlement de 1930 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 512), le par. 10(2) du Règlement de 1938 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 899), l'art. 32 du Règlement de 1954 (*Règlement de pêche de la Colombie-Britannique*, DORS/54-659), l'art. 29 du Règlement de 1977 (*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/77-716) et l'art. 27 du Règlement de 1984 (*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248). Par conséquent, à la lumière de la raison d'être de la disposition, qui est explicitement énoncée dans le décret C.P. 2539, il me semble que le point de vue de l'État — selon lequel les droits de pêche des Indiens enracinés dans des pratiques faisant partie intégrante de leur culture distinctive depuis des siècles ne s'étendaient pas à la pêche commerciale — a toujours été une caractéristique centrale du régime de réglementation visant la pêche pratiquée à des fins alimentaires par les Indiens en Colombie-Britannique.

115 My colleague Justice McLachlin, in her reasons, expresses the opinion in *Van der Peet*, *supra*, that Order in Council P.C. 2539 did not extinguish aboriginal rights to fish commercially for two reasons. The first is that a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish an aboriginal right can only be found if three elements are present: acknowledgment of an aboriginal right, conflict of the right proposed with policy and resolution of the two. Order in Council P.C. 2539 fails to meet that test, she states, because “[t]here is no recognition in the words of the regulation of any aboriginal right to fish”; see para. 289. Her second reason is that aboriginal peoples of British Columbia have never been totally prohibited from engaging in commercial fisheries since it has always been available to them to do so according to the regulatory scheme relating to commercial fisheries.

Dans ses motifs dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, ma collègue le juge McLachlin exprime l'avis que le décret C.P. 2539 n'a pas éteint les droits ancestraux de pêche commerciale, et ce pour deux raisons. La première est qu'il n'est possible de conclure à l'intention claire et expresse de l'État d'éteindre un droit ancestral que si trois éléments sont réunis: la reconnaissance de l'existence d'un droit ancestral; un conflit entre le droit revendiqué et la politique proposée; la résolution du conflit. Or, affirme-t-elle, le décret C.P. 2539 ne satisfait pas à ce critère, parce que «[l]e texte du règlement ne reconnaît d'aucune façon l'existence de quelque droit de pêche ancestral»; voir le par. 289. La seconde raison est qu'il n'a jamais été totalement interdit aux peuples autochtones de la Colombie-Britannique de participer à la pêche commerciale, puisqu'il leur a toujours été loisible de le faire conformément au régime de réglementation visant cette pêche.

116 I do not agree with my colleague that finding a clear and plain intention should require an

Je ne souscris pas à l'avis de ma collègue que, pour conclure à l'existence d'une intention claire

acknowledgment of the existence of an aboriginal right on the part of the Crown. Although the fiduciary nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples must be taken into account in assessing whether or not a clear and plain intention to extinguish an aboriginal right exists in a given scheme, one must be careful not to set standards that could realistically never be met by the Crown since this would, as a practical matter, render virtually meaningless the Crown's power to extinguish aboriginal rights. Historically, the Crown has always been very reluctant to recognize any legal effect to concepts such as "aboriginal rights" and "aboriginal title", as this Court discussed at length in *Sparrow, supra*, at pp. 1103 *et seq.* This historical reality cannot be ignored in assessing whether a plain and clear intention to extinguish an aboriginal right exists in a given context. To require specific acknowledgment of the existence of an aboriginal right by the Crown in the manner proposed by my colleague McLachlin J. would for that reason not, in my view, be realistic. Indeed such an approach has been implicitly rejected by this Court; see, for example, *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654.

I also disagree with my colleague's reasoning that Order in Council P.C. 2539 does not constitute a clear and plain intention to extinguish an aboriginal right because aboriginal peoples had always been permitted to participate in commercial fisheries in accordance with the distinct regulatory scheme relating to commercial fisheries. As I mentioned, I think the Order in Council speaks for itself. It seems to me that when, in regulations dealing specifically with the rights of the Indians to fish, it prohibited them from engaging in commercial fisheries, it must have intended to limit their rights *qua* Indians. I do not see that it is necessary for the Crown to prohibit them from fishing under regulations directed not only to Indians but also to all members of the public.

et expresse, il faut qu'il y ait reconnaissance par l'État de l'existence d'un droit ancestral. Même si la nature fiduciaire des rapports entre l'État et les peuples autochtones doit être prise en considération dans l'examen de la question de savoir s'il se dégage d'un régime donné une intention claire et expresse d'éteindre un droit ancestral, il faut avoir soin de ne pas fixer de normes auxquelles l'État ne pourrait réalistement jamais satisfaire, car, dans la pratique, cela rendrait virtuellement sans effet le pouvoir de l'État d'éteindre des droits ancestraux. Historiquement, l'État a toujours été très réticent à reconnaître quelque effet juridique à des concepts tels que les «droits ancestraux» et le «titre aborigène», comme il ressort de l'examen approfondi fait par notre Cour dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1103 et suiv. Il ne faut pas faire abstraction de cette réalité historique dans l'examen de la question de savoir s'il existe, dans un contexte donné, une intention claire et expresse d'éteindre un droit ancestral. Voilà pourquoi il serait irréaliste, à mon sens, d'exiger la reconnaissance spécifique par l'État de l'existence d'un droit ancestral, comme le propose ma collègue le juge McLachlin. De fait, notre Cour a implicitement rejeté une telle approche; voir, par exemple, l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654.

Je ne suis pas d'accord non plus avec le raisonnement de ma collègue lorsqu'elle dit que le décret C.P. 2539 n'indique pas une intention claire et expresse d'éteindre un droit ancestral parce que les autochtones ont toujours été autorisés à participer à la pêche commerciale conformément au régime de réglementation distinct applicable à cette pêche. Comme je l'ai dit plus tôt, j'estime que le texte du décret est éloquent. Il me semble que lorsque, dans un règlement portant précisément sur les droits de pêche des Indiens, l'État interdisait à ceux-ci de pratiquer la pêche commerciale, il devait avoir l'intention de limiter les droits dont ils jouissaient en qualité d'Indiens. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire que l'État interdise aux Indiens de pêcher dans un règlement qui s'appliquerait non seulement à eux, mais aussi à tous les membres du public.

118 It is also important to note that although commercial fishing was, generally speaking, not totally prohibited, commercial harvesting of herring spawn on kelp was the subject of a total prohibition until 1974. For that reason, the considerations to be taken into account at this stage of the analysis are different from those in *Van der Peet, supra*, because in that case a general aboriginal right to commercial fisheries was claimed, as opposed to the more specific right to commercial harvesting of herring spawn on kelp claimed in the instant case. This leads me to discuss briefly the Crown's second submission.

119 The Crown argued that a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish the aboriginal right claimed by the appellants could be found in the regulatory scheme relating to commercial harvesting of herring spawn on kelp. That scheme has for many years prohibited commercial harvesting of herring spawn on kelp, as indicated by the Chief Justice and McLachlin J., although since 1974 the activity has been permitted to those to whom a licence has been issued for that purpose. The Crown urges this Court to distinguish the regulations at issue in *Sparrow, supra*, on the basis that those regulations were concerned with protecting the food fishery for aboriginal people and were, therefore, found to constitute an affirmation of that right.

120 The Chief Justice dismissed the argument on the basis that the regulatory scheme relating to commercial harvesting of herring spawn on kelp was analogous to that discussed in *Sparrow, supra*. There, this Court addressed the question of extinguishment in the context of the aboriginal right of the Musqueam Indians of British Columbia to fish for food and ceremonial purposes. This Court's analysis demonstrated that, over the years, Indian fishing for food and ceremonial purposes had been progressively regulated; see pp. 1095 *et seq.* as well as the reasons of Dickson J. (as he then was) in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at pp. 308 *et seq.* But, however regulated the activity became, this Court refused to find that the aborigi-

Il importe en outre de souligner que, même si la pêche commerciale n'était pas, de façon générale, totalement interdite, la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech a fait l'objet d'une interdiction totale jusqu'en 1974. Pour cette raison, les facteurs dont il faut tenir compte à cette étape de l'analyse ne sont pas les mêmes que dans *Van der Peet*, précité, étant donné que, dans cette affaire, l'on revendiquait un droit ancestral général de pratiquer la pêche commerciale, par opposition au droit plus spécifique réclamé en l'espèce, soit celui de récolter commercialement de la rogue de hareng sur varech. Cela m'amène à examiner brièvement le second argument du ministère public.

Le ministère public a soutenu qu'il était possible de dégager du régime de réglementation visant la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre le droit ancestral revendiqué par les appelants. Ce régime a, pendant de nombreuses années, interdit la récolte commerciale de cette ressource, comme l'ont indiqué le Juge en chef et le juge McLachlin, quoique, depuis 1974, les titulaires de permis délivrés à cette fin peuvent exercer cette activité. Le ministère public invite notre Cour à établir une distinction entre le règlement visé en l'espèce et celui en cause dans *Sparrow*, précité, parce que le second visait à protéger le droit des autochtones de pêcher pour se nourrir, et qu'il a, en conséquence, été jugé qu'il constituait une confirmation de ce droit.

Le Juge en chef a rejeté cet argument pour le motif que le régime de réglementation de la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech était analogue au régime examiné dans *Sparrow*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour a examiné la question de l'extinction dans le contexte du droit ancestral des Indiens Musqueams de la Colombie-Britannique de pêcher à des fins alimentaires et rituelles. L'analyse de notre Cour a démontré que, au fil des ans, la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires et rituelles avait été progressivement réglementée: voir les pp. 1095 *et suiv.*, ainsi que les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, aux pp. 308 *et suiv.* Toutefois, peu

nal right of fishing for food and social and ceremonial purposes had been extinguished. The Court had this to say, at pp. 1097 and 1099:

At bottom, the respondent's argument confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulations does not mean that the right is thereby extinguished.

There is nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations that demonstrates a clear and plain intention to extinguish the Indian aboriginal right to fish. The fact that express provision permitting the Indians to fish for food may have applied to all Indians and that for an extended period permits were discretionary and issued on an individual rather than a communal basis in no way shows a clear intention to extinguish. These permits were simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights.

If this were all, I would be inclined to agree with the Chief Justice's position on this point. But I think there is an important distinction to be drawn between the regulations at issue here and those discussed in *Sparrow*. While commercial harvesting of herring spawn on kelp had been totally prohibited in British Columbia until 1974, Indian fishing for food including social and ceremonial purposes had never been prohibited when s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* came into force. For this reason, I would refrain from holding that the reasoning adopted by this Court in *Sparrow*, which was to the effect that mere regulation of a right does not amount to a clear and plain intention to extinguish an aboriginal right, would be determinative of the Crown's second argument in the present case.

However, I prefer not to discuss this issue in further detail and will not, therefore, discuss whether the prohibition relating to commercial harvesting of herring spawn on kelp in force until 1974 in itself indicates a plain and clear intention on the part of the Crown to extinguish the aboriginal right

importe le degré de réglementation auquel l'activité est devenue assujettie, notre Cour a refusé de conclure que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles avait été éteint. Elle a dit ceci, aux pp. 1097 et 1099:

En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint.

La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Le fait qu'une disposition autorisant explicitement les Indiens à pêcher à des fins de subsistance ait pu s'appliquer à tous les Indiens et que la délivrance des permis ait pendant longtemps été discrétionnaire et effectuée sur une base individuelle plutôt que collective n'indique aucunement une intention claire d'éteindre le droit. Ces permis constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents.

Si c'était tout, je serais porté à souscrire à la position du Juge en chef sur ce point. Cependant, je crois qu'il faut faire une distinction importante entre le règlement visé en l'espèce et celui en cause dans *Sparrow*. Alors que la récolte commerciale de la roque de hareng sur varech a été totalement interdite en Colombie-Britannique jusqu'en 1974, la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires, y compris à des fins sociales et rituelles, ne l'avait jamais été lorsque le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est entré en vigueur. Pour cette raison, je m'abstiendrais de conclure que le raisonnement suivi par notre Cour dans *Sparrow*, savoir que la simple réglementation d'un droit ancestral ne constitue pas une intention claire et expresse d'éteindre ce droit, est déterminant à l'égard du second argument du ministère public dans la présente espèce.

Toutefois, je préfère ne pas examiner ce point plus en détail, et je ne vais donc pas trancher la question de savoir si l'interdiction de récolter commercialement de la roque de hareng sur varech qui a été en vigueur jusqu'en 1974 indique en soi une intention claire et expresse de l'État d'éteindre le

121

122

claimed by the appellants. It is not necessary for me to do so since I have already concluded that the Crown has expressed a clear and plain intention in Order in Council P.C. 2539 to extinguish any aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia — assuming they ever existed. The question whether extinguishment of aboriginal rights can occur by necessary implication and if so, in what circumstances, is therefore left to another day.

123

On a final note, I wish to emphasize that our Court has recently held on two different occasions that s. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, R.S.C., 1985, App. II, No. 26, Schedule 2) constituted a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish treaty rights to commercial hunting; see *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 933 (*per Cory J.*), and *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 46 (*per Cory J.*). This provision reads:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

This provision is similar in many respects to Order in Council P.C. 2539. They both are provisions in which the Crown specifically effected a translation of traditional aboriginal practices into legal rights. In both cases, the rights were limited to sustenance purposes. However, in the Order in Council, fishing for commercial purposes was expressly excluded. This was not the case in s. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* in which no mention is made of commercial practices. Nonetheless, our Court held that it sufficiently demonstrated a clear and plain intention on the part of the

droit ancestral revendiqué par les appelants. Il n'est pas nécessaire que je le fasse, puisque j'ai déjà conclu que l'État avait manifesté, dans le décret C.P. 2539, l'intention claire et expresse d'éteindre tous les droits ancestraux relatifs à la pêche commerciale en Colombie-Britannique — à supposer qu'ils aient jamais existé. La question de savoir si des droits ancestraux peuvent être éteints par implication nécessaire, et, si oui, dans quelles circonstances, devra donc être tranchée à une autre occasion.

En terminant, je tiens à souligner que notre Cour a récemment statué, à deux occasions différentes, que l'art. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), app. II, n° 26, annexe 2) exprimait l'intention claire et expresse de l'État d'éteindre les droits issus de traités en matière de chasse commerciale: voir *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 933 (le juge Cory), et *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 46 (le juge Cory). Cette disposition est ainsi rédigée:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Cette disposition est, à bien des égards, analogue au décret C.P. 2539. Dans les dispositions des deux textes, l'État a spécifiquement fait de pratiques autochtones des droits prévus par la loi. Dans les deux cas, l'exercice des droits visés a été limité à des fins alimentaires. Cependant, dans le décret, la pêche à des fins commerciales a été expressément exclue, alors que ce n'a pas été le cas à l'art. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles*, dans lequel il n'est fait aucune mention des pratiques commerciales. Néanmoins, notre Cour a conclu que cette disposi-

Crown to extinguish commercial rights to hunt for commercial purposes that had been recognized in a treaty. If s. 12 reveals a clear and plain intention to extinguish treaty rights relating to commercial hunting, it is difficult to see how this Court could conclude that Order in Council P.C. 2539 — which is more explicit regarding the exclusion of any commercial component of fishing rights — does not reveal a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish commercial fishing rights in British Columbia.

I am, therefore, of the view that the Crown has established that, assuming appellants were exercising an aboriginal right when they offered to sell herring spawn on kelp, such a right has been extinguished.

Conclusion

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

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal, as well as the appeals in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, in which reasons are being released concurrently, concern aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

This broad issue was dealt with in *Van der Peet*, released concurrently. Both cases involve mainly the definition of the nature and extent of aboriginal rights. In this case, the particular question is whether the Heiltsuk Band, of which the appellants are members, possesses an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for commercial purposes. If this right exists, the Court must then determine whether the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, enacted pursuant to the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, constitute a *prima facie*

tion démontrait suffisamment l'existence d'une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits de chasser à des fins commerciales qui avaient été reconnus par traité. Si l'art. 12 révèle une intention claire et expresse d'éteindre les droits issus de traité en matière de chasse commerciale, il est difficile d'imaginer comment notre Cour pourrait conclure que le décret C.P. 2539 — qui est plus explicite en ce qui concerne l'exclusion de toute dimension commerciale des droits de pêche — n'indique pas une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits de pêche commerciale en Colombie-Britannique.

Je suis donc d'avis que le ministère public a établi que, à supposer que les appelants exerçaient un droit ancestral quand ils ont offert de vendre de la rogne de hareng sur varech, ce droit a été éteint.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, dont les motifs sont rendus en même temps, 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 étudiée dans l'arrêt *Van der Peet*, rendu à la même date. Ces pourvois portent respectivement principalement sur la définition de la nature et de la portée des droits ancestraux. En l'espèce, la question particulière est de savoir si la bande des Heiltsuk, à laquelle appartiennent les appelants, possède un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales. Si ce droit existe, notre Cour doit alors décider si le *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, adopté en application de la *Loi sur*

124

125

126

127

infringement of such right and, if so, whether the infringement is justified.

128 The Chief Justice has set out the facts and judgments and there is no need to restate them here. I will refer only to the constitutional question that he formulated after leave to appeal was granted by this Court:

Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants 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 the appellants?

129 The Chief Justice is of the view that the Heiltsuk people do possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell fish for commercial purposes. As well, referring to the *Sparrow* test, he holds that the aboriginal right to sell fish was not extinguished by a clear and plain intention and that s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* constitutes a *prima facie* infringement of such right. He concludes, however, that the case should be remanded to trial on the question of justification because there is insufficient evidence to enable this Court to decide it. Lamer C.J. also opines that the elements of the infraction are all proven. I agree with the result reached by the Chief Justice and, generally, with the reasons he adopts subject, however, to the following remarks regarding mainly the definition of the nature and extent of aboriginal rights, and the delineation of the aboriginal right claimed in this case.

130 I pause here to note that this case is confined to the recognition of an aboriginal right and to the protection afforded to it under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The appellants did not invoke by-laws applicable on reserve lands, nor did they rely on any aboriginal title or treaty rights. The appellants simply argue that the Heiltsuk possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their ancestral lands —

les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, constitue une atteinte *prima facie* à ce droit et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée.

Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et il n'est pas nécessaire de les reprendre. Je ne citerai que la question constitutionnelle qu'il a formulée après que l'autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour:

Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

Le Juge en chef est d'avis que les Heiltsuk possèdent effectivement un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre du poisson à des fins commerciales. En outre, se reportant au test établi dans *Sparrow*, il estime que le droit ancestral de vendre du poisson n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse, et que le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* constitue une atteinte *prima facie* à ce droit. Il conclut toutefois qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès sur la question de la justification, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher celle-ci. Le juge en chef Lamer est aussi d'avis que les éléments de l'infraction ont tous été prouvés. Je suis d'accord avec le résultat auquel il arrive et, de façon générale, avec les motifs qu'il donne, sous réserve cependant des remarques suivantes, qui concernent surtout la définition de la nature et de la portée des droits ancestraux, ainsi que la délimitation du droit ancestral revendiqué en l'espèce.

Je fais une parenthèse pour dire que la présente affaire ne porte que sur la reconnaissance d'un droit ancestral et sur la protection accordée à ce droit en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les appelants n'ont pas invoqué de règlement administratif applicable aux terres des réserves ni de titre aborigène ou de droits issus de traités. Ils prétendent simplement que les Heiltsuk ont — en raison de l'occupation et de l'utilisation

which includes the right to sell, trade and barter fish for commercial purposes, and that this right benefits from the s. 35(1) constitutional protection.

It is also noteworthy that the questions at issue must be considered in light of the analytical framework for constitutional claims of aboriginal right set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In a nutshell, the *Sparrow* test includes three steps, namely: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and (3) the justification of the infringement. The case at bar involves all but the last step.

This being said, in the following discussion, I will briefly examine the approach to the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights as well as the delineation of the aboriginal right claimed, and how they lead me to the same result as the Chief Justice on the question of the definition of the aboriginal right.

I. Interpretation of Aboriginal Rights

At the outset, I want to emphasize that when defining the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights, it is important to keep in mind the traditional and fundamental interpretative canons relating to aboriginal law and to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which can be summarized as follows. Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Further, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Finally, but most significantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be viewed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to native perspective on the meaning of the rights asserted. I wish to point out, in passing, that although the Chief Justice claims

historiques de leurs terres ancestrales — un droit ancestral de pêche qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales, et que ce droit bénéficie de la protection constitutionnelle du par. 35(1).

Il convient également de noter que les questions en litige doivent être examinées à la lumière du cadre d'analyse des revendications de droits ancestraux en vertu de la Constitution qui a été exposé dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Bref, le test formulé dans *Sparrow* comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte. Il faut, dans le cadre du présent pourvoi, passer par toutes ces étapes sauf la dernière.

Cela dit, je vais, dans les paragraphes qui suivent, examiner brièvement les méthodes qu'il convient d'appliquer pour interpréter la nature et la portée des droits ancestraux et définir le droit ancestral revendiqué, et expliquer ensuite pourquoi elles m'amènent au même résultat que le Juge en chef sur la question de la définition du droit ancestral.

I. Interprétation des droits ancestraux

Tout d'abord, je tiens à souligner que, pour définir la nature et la portée des droits ancestraux bénéficiant de la protection constitutionnelle, il importe de tenir compte des principes traditionnels et fondamentaux d'interprétation relatifs au droit touchant les autochtones et au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui peuvent être résumés de la façon suivante. Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. En outre, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté à l'égard des peuples autochtones. Finalement, le dernier principe — mais aussi le plus important — est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture particulières de la société autochtone

131

132

133

to use these principles of interpretation, his approach to the definition of aboriginal rights appears to be somewhat restrictive.

concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués. Je tiens à faire remarquer, en passant, que même si le Juge en chef affirme suivre ces principes d'interprétation, la méthode qu'il applique pour définir les droits ancestraux semble un peu restrictive.

134 The approach proposed by the Chief Justice centres on individualized practices of an aboriginal group of people which existed prior to contact with the Europeans. With respect, as I explained in detail in *Van der Peet, supra* — which reasons should be read as if herein recited at length — this position poses serious problems relating to both the characteristics and the time aspects of the definition of aboriginal rights.

La méthode proposée par le Juge en chef est axée sur les pratiques propres à un groupe d'autochtones et qui existaient avant le contact avec les Européens. En toute déférence, toutefois, comme je l'ai expliqué en détail dans *Van der Peet*, précité, — dont les motifs que j'y ai exposés doivent être tenus pour reproduits intégralement en l'espèce — cette position pose de sérieux problèmes tant en ce qui concerne les caractéristiques que la période dont il faut tenir compte pour définir les droits ancestraux.

135 In *Van der Peet*, after a detailed review of the possible approaches to the interpretation of aboriginal rights under s. 35(1), I concluded that the “frozen right” approach focusing on aboriginal practices should not be adopted. Instead, the definition of aboriginal rights should refer to the notion of “integral part of their distinctive culture” and should “permit their [aboriginal rights] evolution over time” (see *Sparrow, supra*, at pp. 1099 and 1093). I gave the following guidelines on this approach (at para. 180):

Dans *Van der Peet*, après avoir examiné en détail les différentes méthodes d'interprétation possibles des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), j'ai conclu qu'il n'y avait pas lieu d'adopter la méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait être axée sur la notion de «partie intégrante de la culture distinctive» et devrait «permettre à ces droits d'évoluer avec le temps» (voir *Sparrow*, précité, aux pp. 1099 et 1093). J'ai formulé les lignes directrices qui suivent au sujet de cette méthode (au par. 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 pro-

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

tected 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.]

Before reviewing the evidence presented at trial to determine whether the distinctive aboriginal culture of the Heiltsuk supports the recognition of an aboriginal right, we have to delineate the aboriginal right claimed in this case. That I now propose to do.

II. The Delineation of the Aboriginal Right Claimed

At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, as in *Van der Peet, supra*, the majority framed the issue as being whether the Heiltsuk possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. As I discussed in *Van der Peet*, case law on treaty and aboriginal rights relating to trade supports the making of a distinction between, on the one hand, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes and, on the other, the sale, trade and barter of fish for purely commercial purposes: see *Sparrow, supra*; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; and *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. In this regard, I agree with the Chief Justice that the delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum.

In this case, because of the type of transactions which led to the convictions, it appears that the aboriginal right at issue falls on the part of the spectrum relating to the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, not on the part dealing with livelihood, support and sustenance purposes (see *Van der Peet, supra*, at para. 192).

The appellants were charged with violating s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, thereby committing an offence contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*. These charges arose out of a

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.]

Avant d'étudier la preuve présentée au procès et de déterminer si la culture autochtone distinctive des Heiltsuk appuie la reconnaissance d'un droit ancestral, nous devons délimiter le droit ancestral revendiqué dans le présent pourvoi. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

II. La délimitation du droit ancestral revendiqué

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, à la majorité a considéré, tout comme dans *Van der Peet*, précité, que la question en litige était de savoir si les Heiltsuk possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Comme je l'ai dit dans *Van der Peet*, la jurisprudence sur les droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges appuie l'établissement d'une distinction entre, d'une part, la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales: voir les arrêts *Sparrow*, précité, *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, et *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. À cet égard, je conviens avec le Juge en chef que les droits ancestraux doivent être considérés comme formant les divers éléments d'un spectre.

En l'espèce, en raison du type d'opération qui a entraîné les déclarations de culpabilité, il semble que le droit ancestral en cause corresponde à la partie du spectre qui concerne la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, plutôt qu'à celle touchant les activités exercées à des fins de subsistance (voir *Van der Peet*, précité, au par. 192).

Les appelants ont été accusés d'avoir enfreint le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, commettant ainsi une infraction prévue au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Ces accu-

136

137

138

139

series of events in April 1988 aimed at an attempt to sell herring spawn on kelp that was not harvested or sold under the authority of a Category J Licence. The appellants covertly transported 4,200 pounds of herring spawn on kelp from Bella Bella and then attempted to sell it to Mr. Hirose, the owner of Seaborn Enterprises Ltd. The appellants were arrested by Fisheries Officers after they returned from Mr. Hirose's store.

140 There is no evidence as to the purposes for which the appellants sold the herring spawn on kelp or as to the use that they were going to make of the money. However, from the overall evidence on the record, especially that of the quantity of herring spawn on kelp that the two appellants wanted to sell, it is reasonable to find that the attempted transaction between the appellants and Mr. Hirose was directed at providing an economic profit. Besides, the appellants themselves argued both before the courts below and before this Court that the Heiltsuk possess an aboriginal right to fish for what amounts to be commercial purposes.

141 The legislative provision under constitutional challenge in this case is aimed at both commercial and non-commercial sale, trade and barter of herring spawn on kelp. Section 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* reads as follows:

20. . . .

(3) No person shall buy, sell, barter or attempt to buy, sell, or barter herring spawn on kelp other than herring spawn on kelp taken or collected under the authority of a Category J licence.

This provision prohibits any sale, trade or barter of herring spawn on kelp — whether for livelihood, support and sustenance purposes or for purely commercial purposes — except for that harvested under the authority of a Category J licence. If the facts giving rise to the offence indicated that the sale, trade and barter were for livelihood, support and maintenance, the question of the validity of s.

sations découlaient d'une série d'événements survenus en avril 1988 et au cours desquels les appelants avaient tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech qui n'avait pas été récoltée ou vendue en vertu d'un permis de catégorie J. Ils ont transporté subrepticement 4 200 livres de rogue de hareng sur varech de Bella Bella, qu'ils ont ensuite tenté de vendre à M. Hirose, propriétaire de Seaborn Enterprises Ltd. Les appelants ont été arrêtés à la sortie de l'établissement de M. Hirose par des agents des pêches.

Il n'y a pas d'élément de preuve concernant les fins pour lesquelles les appelants ont vendu la rogue de hareng sur varech ou l'utilisation qu'ils comptaient faire du produit de cette vente. Toutefois, il ressort de l'ensemble de la preuve au dossier, surtout celle touchant la quantité de rogue de hareng sur varech que les deux appelants voulaient vendre, qu'il est raisonnable de conclure que l'opération qu'ils ont tentée d'effectuer avec M. Hirose visait à réaliser des profits. Du reste, ils ont eux-mêmes soutenu, tant devant les tribunaux inférieurs que devant notre Cour, que les Heiltsuk possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins équivalant à des fins commerciales.

La disposition législative faisant l'objet de la présente contestation constitutionnelle vise la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales et non commerciales. Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* est ainsi rédigé:

20. . . .

(3) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger de la rogue de hareng sur varech, à moins que celle-ci n'ait été prise ou recueillie en vertu d'un permis de catégorie J.

Cette disposition interdit la vente et l'échange de la rogue de hareng sur varech — que ce soit à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales —, sauf si la rogue a été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J. Si les faits à l'origine des accusations indiquaient que la vente et l'échange ont été effectués à des fins de subsistance, la question de la validité du par. 20(3) du

20(3) of the Regulations would raise a different issue, one which does not arise here. In the instant case, the aboriginal right claimed is the right to sell, trade and barter fish for commercial purposes and we must decide whether, in that respect, the provision under scrutiny complies with the constitutional protection afforded to aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

It is now necessary to look at the historical evidence to see whether the particular group of aboriginal people, the Heiltsuk Band, of which the appellants are members, have sold, traded and bartered fish for commercial purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time.

III. Definition of Aboriginal Rights

As I have already noted elsewhere, the approach I favour to interpret the nature and extent of aboriginal rights differs significantly from the one adopted by the Chief Justice. In my view, the question is whether the evidence reveals that the sale, trade and barter of herring spawn on kelp for commercial purposes have formed an integral part of the Heiltsuk people's distinctive aboriginal culture — i.e., to have been sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization — for a substantial continuous period of time. Although the Chief Justice refers to the notion of "integral part of the distinctive aboriginal culture" in his interpretation of the aboriginal right at hand, he focuses on pre-contact individualized aboriginal practices, an approach from which I must distance myself.

The findings of fact by the trial judge as well as the substantial review of the evidence by the Chief Justice show that the trade of herring spawn on kelp for commercial purposes among the Heiltsuk and with other native people was extensive and organized in a market-type economy. More impor-

Règlement soulèverait une question différente, qui ne se pose toutefois pas en l'espèce. Dans le présent cas, le droit ancestral revendiqué est celui de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales, et il nous faut déterminer si, à cet égard, la disposition en cause est compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il est maintenant nécessaire d'examiner la preuve historique pour voir si le groupe particulier d'autochtones en cause, la bande des Heiltsuk, dont font partie les appelants, a vendu et échangé du poisson à des fins commerciales d'une façon suffisamment importante et fondamentale pour son organisation sociale et sa culture pendant une période considérable et ininterrompue.

III. Définition des droits ancestraux

Comme je l'ai déjà indiqué, la méthode que je favorise pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux diffère considérablement de celle adoptée par le Juge en chef. À mon avis, la question qu'il faut se poser est celle de savoir si la preuve révèle que la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Heiltsuk — c'est-à-dire si ces activités ont été suffisamment importantes et fondamentales pour leur organisation sociale et leur culture — pendant une période considérable et ininterrompue. Même si le Juge en chef se réfère à la notion de «partie intégrante de la culture autochtone distinctive» dans son interprétation du droit ancestral en cause, il s'attache aux pratiques autochtones propres qui existaient avant le contact avec les Européens, approche à laquelle je ne peux me rallier.

Il ressort des conclusions de fait du juge du procès et de l'examen approfondi de la preuve fait par le Juge en chef que les échanges de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales entre les Heiltsuk et entre ceux-ci et d'autres autochtones étaient considérables et organisés dans une sorte

142

143

144

tantly, it appears, especially from a native perspective, that such activities formed part of, and was indeed integral to, the distinctive aboriginal culture of the Heiltsuk. Put another way, to use the terminology of the test proposed in *Van der Peet, supra*, the sale, trade and barter of fish for commercial purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Heiltsuk people. Consequently, the criterion regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met in this case.

d'économie de marché. Fait plus important, il semble, en particulier du point de vue des autochtones, que ces activités faisaient partie — de fait faisaient partie intégrante — de la culture autochtone distinctive des Heiltsuk. Autrement dit, pour reprendre la terminologie utilisée dans le test proposé dans *Van der Peet*, précité, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins commerciales étaient suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Heiltsuk. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est satisfait en l'espèce.

145 Also, the evidence reveals that the Heiltsuk have sold, traded and bartered fish for commercial purposes for a substantial continuous period of time. In that respect, we must consider the type of aboriginal practices, traditions and customs, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years (see *Van der Peet, supra*, at para. 178). Here, there is ample evidence showing that the Heiltsuk have traded herring spawn on kelp, in large enough amounts to be for commercial purposes, for centuries before the coming of the Europeans. Further, as the trial judge found after considering the historical record and expert evidence, such commercial activities have continued, though in modernized forms, until the present day. Therefore, the time requirement for the recognition of an aboriginal right is also met.

De plus, la preuve révèle que les Heiltsuk ont vendu et échangé du poisson à des fins commerciales pendant une période considérable et ininterrompue. Sur ce point, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture et de la société autochtones visées et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans (voir *Van der Peet*, précité, au par. 178). En l'espèce, il existe une preuve abondante établissant que les Heiltsuk ont, pendant des siècles avant l'arrivée des Européens, échangé de la rogue de hareng sur varech en quantités suffisamment grandes pour que ces échanges puissent être considérés comme des activités faites à des fins commerciales. En outre, comme l'a constaté le juge du procès après avoir étudié la preuve historique et les témoignages d'experts, ces activités commerciales continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Par conséquent, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral est également satisfaite.

146 As a result, I agree with the Chief Justice that the Heiltsuk people, of which the appellants are members, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes, which is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It remains to be determined, under the *Sparrow* test, whether such right is extinguished and whether the *Pacific Herring Fishery Regulations* infringe upon this right.

En définitive, tout comme le Juge en chef, je suis d'avis que les Heiltsuk, dont font partie les appelants, possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales, qui est protégé en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il reste à déterminer, conformément au test établi dans *Sparrow*, si ce droit a été éteint et si le *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* porte atteinte à ce droit.

IV. Extinguishment and Infringement

As regards the issues of extinguishment and *prima facie* infringement, I agree for the most part with the reasons of the Chief Justice and the conclusions he reaches.

The Heiltsuk's aboriginal right to sale, trade and barter herring spawn on kelp for commercial purposes has not been extinguished by a "clear and plain" intention of the Sovereign (see *Sparrow*, *supra*, at p. 1099). In *N.T.C. Smokehouse*, *supra*, I emphasized that the hurdle to extinguish aboriginal rights is high indeed (at para. 78):

I am prepared to accept that the extinguishment of aboriginal rights can be accomplished through a series of legislative acts. However, *Sparrow* specifically stands for the proposition that the intention to extinguish must nonetheless be clear and plain. This is diametrically opposed to the position that extinguishment may be achieved by merely regulating an activity or that legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of an aboriginal right can be deemed to extinguish it. Clear and plain means that the Government must address the aboriginal activities in question and explicitly extinguish them by making them no longer permissible. [Emphasis in original.]

In the case at bar, the respondent argues that the test is met when the aboriginal right and the activities contemplated by the legislation cannot co-exist. Such an approach, based on the view adopted by the United States Supreme Court in *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941), is irreconcilable with the "clear and plain intention" test favoured in Canada. As a result, the legislation relied upon by the respondent is insufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes. In fact, as in *Sparrow*, *supra*, such legislation merely regulates aboriginal activities and does not amount to extinguishment.

Furthermore, as regards the question of *prima facie* infringement, s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* no doubt violates such aborig-

IV. Extinction et atteinte

En ce qui concerne les questions de l'extinction et de l'atteinte *prima facie*, je souscris pour l'essentiel aux motifs du Juge en chef et à ses conclusions.

Le droit ancestral des Heiltsuk de vendre et d'échanger de la roque de hareng sur varech à des fins commerciales n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une intention «claire et expresse» du Souverain (voir *Sparrow*, précité, à la p. 1099). Dans *N.T.C. Smokehouse*, précité, j'ai souligné que le test à respecter en matière d'extinction des droits ancestraux est très exigeant (au par. 78):

Je suis disposée à admettre que l'extinction des droits ancestraux peut résulter d'une série de mesures législatives. Néanmoins, *Sparrow* prévoit spécifiquement que l'intention d'éteindre des droits doit être claire et expresse, ce qui va diamétralement à l'encontre de la thèse que l'extinction peut découler du seul fait de la réglementation d'une activité ou du fait de l'existence d'une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue d'un droit ancestral. L'expression claire et expresse veut dire que le gouvernement doit viser les activités autochtones en question et les éteindre explicitement en en interdisant désormais l'exercice. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, l'intimée soutient que le test est satisfait dans les cas où le droit ancestral et les activités visées par les mesures législatives ne peuvent pas coexister. Une telle position, fondée sur le point de vue adopté par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941), est inconciliable avec le test de «l'intention claire et expresse» privilégié au Canada. En conséquence, les mesures législatives invoquées par l'intimée sont insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales. De fait, tout comme dans *Sparrow*, précité, ces mesures législatives ne font que réglementer les activités autochtones et n'entraînent pas l'extinction du droit de les exercer.

Qui plus est, en ce qui concerne la question de l'atteinte *prima facie*, il ne fait aucun doute que le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du*

147

148

149

150

inal right since it directly conflicts, both by its object and by its effects, with native sale, trade and barter of herring spawn on kelp. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. provided the following guidelines regarding infringement (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 the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

Pacifique viole un tel droit ancestral puisqu'il entre directement en conflit, tant de par son objet que de par ses effets, avec la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech par les autochtones. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé les lignes directrices suivantes relativement à l'atteinte (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 règlement 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. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

151

Although I agree with the analysis of the Chief Justice on this issue, I want to emphasize that the burden to demonstrate that legislation infringes upon an existing aboriginal right, which is borne by the claimant, is fairly low. *Sparrow* speaks of "*prima facie*" infringement, which is defined in the *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990) as follows (at p. 1189): "Lat. At first sight; on the first appearance; on the face of it; so far as can be judged from the first disclosure; presumably". Therefore, the aboriginal right claimant does not even have to prove on the balance of probability that the impugned legislation constitutes an infringement, and surely not that it "clearly impinges" upon the right, as the Chief Justice seems to suggest. The only thing that the claimant must show is that, on its face, the legislation comes into conflict with a recognized aboriginal right, either because of its object or its effects. In the

Bien que je souscrive à l'analyse du Juge en chef sur cette question, je tiens à souligner que le fardeau d'établir qu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral existant, qui incombe à la personne qui revendique un tel droit, est assez peu exigeant. Dans *Sparrow*, on parle d'atteinte «*prima facie*», expression définie ainsi dans le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990) (à la p. 1189): [TRADUCTION] «Lat. À première vue; de prime abord; d'après les apparences; autant qu'on puisse en juger d'après la première impression; vraisemblablement». Par conséquent, la personne qui revendique un droit ancestral n'a même pas à prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la mesure législative contestée constitue une atteinte, et sûrement pas qu'elle «empiète clairement» sur le droit en question, comme le Juge en chef semble suggérer. Tout ce que cette personne doit prouver, c'est que, de prime abord, la mesure

instant case, the appellants overwhelmingly discharged their burden in that regard.

Consequently, I conclude that the Heiltsuk Band's aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes is "existing", as it has not been extinguished by a clear and plain intention of the Sovereign, and that s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* constitutes a "prima facie infringement" of this aboriginal right, as per the *Sparrow* test.

As to the question of justification, I agree with the Chief Justice that there is insufficient evidence to rule on it and I agree as well with his comments on this issue, particularly as regards the doctrine of priority and our decision in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

V. Disposition

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.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal concerns the right of the Heiltsuk of Bella Bella to sell herring spawn on kelp that is harvested from that region. The appellants, William and Donald Gladstone, harvested herring spawn on kelp near Bella Bella, transported it to Vancouver, and attempted to sell it there. The sale of herring spawn on kelp without a licence is prohibited. The appellants made a number of arguments in their defence before the lower courts. The only issue left to be decided by this Court is whether the Regulations prohibiting the sale of herring spawn on kelp are invalid because they infringe the appellants' aboriginal right, as per s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. If the Regulations violate the appellants' aboriginal right,

législative entre en conflit avec un droit ancestral reconnu, soit de par son objet soit de par ses effets. Dans le présent pourvoi, les appelants se sont nettement acquittés du fardeau qui leur incombait à cet égard.

En conséquence, je conclus que le droit ancestral de la bande des Heiltsuk de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales est un droit «existant», puisqu'il n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse du Souverain, et que le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* constitue une «atteinte prima facie» à ce droit ancestral, selon le test établi dans *Sparrow*.

Pour ce qui est de la question de la justification, je suis d'avis, tout comme le Juge en chef, que la preuve est insuffisante pour permettre de la trancher, et je souscris également à ses observations sur cette question, particulièrement en ce qui concerne la doctrine relative à l'ordre de priorité et la décision de notre Cour dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

V. Dispositif

En définitive, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière indiquée par le Juge en chef et de répondre comme il le suggère à la question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi porte sur le droit des Heiltsuk de Bella Bella de vendre de la rogue de hareng sur varech récoltée dans cette région. Les appelants, William et Donald Gladstone, ont récolté de la rogue de hareng sur varech près de Bella Bella, puis ils l'ont transportée à Vancouver où ils ont tenté de la vendre. Il est interdit de vendre de la rogue de hareng sur varech sans permis. En défense, les appelants ont présenté de nombreux arguments devant les juridictions inférieures. La seule question que notre Cour a à trancher est de savoir si les dispositions réglementaires interdisant de vendre la rogue de hareng sur varech sont inopérantes parce qu'elles portent atteinte au droit ancestral reconnu

152

153

154

155

they will be invalidated to the extent of the conflict by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

156 This case was heard with *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, released contemporaneously. In *Van der Peet*, I detail the approach I would adopt to the interpretation of aboriginal rights to use a fisheries resource. This decision applies the principles set out in *Van der Peet*.

157 The questions posed by this appeal are as follows:

1. Do the Heiltsuk possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell herring spawn on kelp?
 - (a) Has a *prima facie* right been established?
 - (b) If so, has it been extinguished?
2. If the right is established, do the government Regulations prohibiting the sale of herring spawn on kelp infringe that right?
3. If the Regulations infringe the right, are they justified?

158 My conclusions in this appeal may be summarized as follows. Following the reasons I set out in *Van der Peet, supra*, the appellants, as members of the Heiltsuk Band, have established that they have an aboriginal right to harvest and sell herring spawn on kelp for sustenance purposes. That right was not extinguished by any regulatory legislation prior to 1982, and is therefore confirmed by the *Constitution Act, 1982*. The right is limited by the Heiltsuk's traditional reliance on the resource, which was to secure sustenance. It is also limited by the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued use. There is insufficient evidence to determine whether the current regulatory framework satisfies the sustenance needs of the

aux appelants par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si oui, elles seront, dans la mesure de l'incompatibilité, déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Le présent pourvoi a été entendu avec les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, qui sont rendus à la même date. Dans *Van der Peet*, précité, j'énonce de façon détaillée la méthode à suivre pour interpréter les droits ancestraux visant l'utilisation des ressources d'une pêcherie. Les présents motifs appliquent les principes énoncés dans *Van der Peet*.

Les questions qui se posent dans le présent pourvoi sont les suivantes:

1. Les Heiltsuk possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech?
 - a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
 - b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente de rogue de hareng sur varech portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si oui, ces dispositions réglementaires sont-elles justifiées?

Mes conclusions dans le présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Conformément aux motifs que j'ai énoncés dans *Van der Peet*, précité, les appelants, en tant que membres de la bande des Heiltsuk, ont établi qu'ils possèdent le droit ancestral de récolter et de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. Ce droit n'a pas été éteint par aucune mesure législative portant réglementation de la ressource avant 1982, et il est donc confirmé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est restreint par les limites de l'exploitation traditionnelle de cette ressource faite par les Heiltsuk, qui visait à assurer leur subsistance. Il est aussi restreint par le pouvoir qu'a l'État de limiter ou d'interdire l'exploitation de cette ressource qui serait incompatible avec son utilisation continue. La

Heiltsuk people. Therefore, the questions of whether the Heiltsuk's right to sell herring spawn on kelp for sustenance was infringed and, if so, whether any such infringement is justified by the Crown, must be decided at a new trial.

1. Has the Right of the Heiltsuk to Trade Herring Spawn on Kelp Been Established?

The test for determining whether an aboriginal people possesses an aboriginal right to trade fish is discussed in the companion case of *Van der Peet*. It there concluded, at paras. 278-79, that there is an aboriginal right

to obtain from the river or the sea . . . that which the particular aboriginal people have traditionally obtained from the portion of the river or sea. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration.

The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what it traditionally obtained from the resource. In most cases, one would expect the aboriginal right to trade to be confined to what is necessary to provide basic housing, transportation, clothing and amenities — the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery, over and above what was required for food and ceremonial purposes.

The historical evidence in this case is somewhat different from the companion cases of *Van der Peet*, *supra*, and *N.T.C. Smokehouse*, *supra*. In those cases, the Sto:lo, Sheshaht and Opetchesaht peoples claimed the right to continue to sell fish from salmon fisheries off which they traditionally lived. The evidence in both cases indicated that there had been trade in fish with other aboriginal

preuve est insuffisante pour permettre de déterminer si le régime de réglementation actuel respecte les besoins des Heiltsuk en matière de subsistance. Par conséquent, les questions de savoir s'il a été porté atteinte au droit des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance, et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée par l'État, doivent être tranchées dans le cadre d'un nouveau procès.

1. Le droit des Heiltsuk d'échanger de la rogue de hareng sur varech a-t-il été établi?

Le critère permettant de déterminer si un peuple autochtone possède le droit ancestral d'échanger du poisson a été analysé dans le pourvoi connexe *Van der Peet*, où j'ai conclu, aux par. 278 et 279, à l'existence d'un droit ancestral

. . . [de] tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés ont traditionnellement tiré du secteur exploité. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose.

Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource. Dans la plupart des cas, il est permis de penser que le droit ancestral de commercer se limite à ce qui est nécessaire pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche, en sus de leurs besoins alimentaires et rituels.

La preuve de nature historique en l'espèce est quelque peu différente de celle disponible dans les pourvois connexes *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, précités. Dans ces pourvois, les Sto:lo, les Sheshaht et les Opetchesaht ont affirmé avoir le droit de continuer de vendre le saumon pris dans les pêcheries dont ils ont traditionnellement tiré leur subsistance. Dans ces deux affaires, la preuve

159

160

bands and with European settlers when they arrived. The trade that had occurred historically was on a small scale. Much of the trade was in the form of barter for other necessities such as other kinds of food and clothing, and other goods when trade expanded to European settlers. Some of the trade occurred at traditional potlatches, where social relations were formed and agreements made for peaceful cohabitation among different tribes. In these cases, the evidence was that the peoples in question relied heavily on the salmon resource for their food needs, as well as for barter.

161 In this case, the Heiltsuk claim an aboriginal right to continue to trade in herring spawn on kelp from the Bella Bella region, where they have lived for at least two centuries. The appellants claim that the Heiltsuk relied on the herring spawn on kelp both as a food source and for trade. There is extensive evidence of historical trading of herring spawn on kelp between the Heiltsuk and the neighbouring aboriginal peoples. The trade that took place was on a large scale, involving quantities of herring spawn on kelp of at least 15 tonnes. As the trial judge put it:

It cannot be disputed that hundreds of years ago, the Heiltsuk Indians regularly harvested herring spawn on kelp as a food source. The historical/anthropological records readily bear this out.

I am also satisfied that this Band engaged in inter-tribal trading and barter of herring spawn on kelp. The exhibited Journal of Alexander McKenzie dated 1793 refers to this trade and the defence lead [*sic*] evidence of several other references to such trade.

The developed trading patterns of the Heiltsuk trade in herring spawn on kelp was undisputed. An expert witness for the defence put it this way:

a montré qu'il y avait des échanges de poisson à d'autres bandes autochtones, ainsi qu'aux colons blancs après leur arrivée. Historiquement, ce commerce s'est fait sur une petite échelle, et il prenait en grande partie la forme de troc visant à se procurer d'autres biens de première nécessité tels que des denrées alimentaires, des vêtements ainsi que d'autres types de biens, lorsque le commerce s'est élargi aux colons européens. Certains échanges avaient lieu à l'occasion des potlatches traditionnels, qui étaient l'occasion pour les différentes tribus d'établir des rapports sociaux et de conclure des accords de cohabitation pacifique. Dans les pourvois susmentionnés, la preuve a indiqué que les peuples en question comptaient beaucoup sur le saumon pour satisfaire leurs besoins alimentaires et comme monnaie d'échange.

En l'espèce, les Heiltsuk revendiquent le droit ancestral de continuer à faire le commerce de la rogue de hareng sur varech récoltée dans la région de Bella Bella, où ils vivent depuis au moins deux siècles. Les appelants affirment que les Heiltsuk ont utilisé la rogue de hareng sur varech tant comme source alimentaire que comme monnaie d'échange. Il y a une abondante preuve indiquant que, historiquement, les Heiltsuk ont échangé de la rogue de hareng sur varech aux peuples autochtones voisins. Il s'agissait d'échanges faits sur une grande échelle et mettant en jeu des quantités de rogue de hareng sur varech d'au moins 15 tonnes. Comme l'a dit le juge du procès:

[TRADUCTION] Il est incontestable qu'il y a des siècles, les Indiens Heiltsuk récoltaient régulièrement la rogue de hareng sur varech comme source de nourriture. C'est un fait dont la réalité est attestée par les documents historiques et anthropologiques.

Je suis également convaincu que la bande échangeait cette denrée avec d'autres tribus. Le journal d'Alexander McKenzie [*sic*] datant de 1793, qui a été versé en preuve, fait mention de ces échanges et la défense a présenté des éléments de preuve faisant état de nombreuses autres mentions de ces échanges.

Le caractère structuré des échanges de rogue de hareng sur varech faits par les Heiltsuk n'a pas été contesté. Voici comment ces structures ont été décrites par un témoin expert de la défense:

For at least two centuries the Heiltsuk have been the hub of a trade network, exporting herring spawn to almost all of the surrounding native people.

Herring spawn harvested, processed, and packaged by the Heiltsuk was traded to their Tsimshian, Kitimat, and Bella Coola neighbors on the mainland and to Kwakiutl on Vancouver Island. Some of these trade relations were noted in accounts written by the first white men to visit the central coast. Those of Alexander Mackenzie (1793), William Tolmie (1835) and James Douglas (1840) documenting Heiltsuk trade of herring spawn to Bella Coola, Kwakiutl, and Tsimshian, respectively, are corroborated by other accounts describing the same patterns of trade at much later dates.

These early accounts describe a trade which was already established. This attests not only to the aboriginal nature of the trade, but also the existence of regularized relations between the groups engaged in these trading patterns.

The appellants' factum also cited expert evidence of the large quantities of trade in herring spawn on kelp:

Pacific herring spawn only in certain locations. Consequently, some native groups had access to quantities of spawn beyond their needs and others had access to little or no spawn. This partly explains the extensive trade in spawn among native groups along the coast. Tons of spawn were transported by canoe from districts with good spawning areas to places not so favoured.

After the spawn were processed, flotillas of freight canoes carrying tons of spawn product travelled between districts carrying boxes and hampers.

The Court of Appeal, reviewed evidence of the diary of Alexander Mackenzie which indicated that, in exchange for the herring spawn on kelp, the Heiltsuk received "roasted salmon, hemlock-bark cakes, and the other kind made of salmon roes, sorrel, and bitter berries". Lambert J.A. noted

[TRADUCTION] Pendant au moins deux siècles, les Heiltsuk ont été au centre d'un réseau d'échanges dans le cadre duquel ils exportaient de la rogue de hareng à presque tous les peuples autochtones voisins.

La rogue de hareng récoltée, transformée et emballée par les Heiltsuk était échangée à leurs voisins les Tsimshian, les Kitimat et les Bella Coola sur le continent, ainsi qu'aux Kwakiutl sur l'île de Vancouver. Les premiers Blancs qui ont visité la région du centre de la côte ont fait état de certaines de ces relations commerciales dans leurs comptes rendus de ces visites. Les comptes rendus d'Alexander Mackenzie (1793), de William Tolmie (1835) et de James Douglas (1840), qui documentent les échanges de rogue de hareng faits par les Heiltsuk aux Bella Coola, aux Kwakiutl et aux Tsimshian respectivement, sont corroborés par d'autres comptes rendus qui ont décrit, beaucoup plus tard, ces mêmes échanges.

Ces premiers comptes rendus décrivent un commerce qui était déjà bien établi. Ce fait atteste non seulement la nature autochtone du commerce, mais aussi l'existence de relations systématisées entre les groupes participant à ces échanges commerciaux.

Dans leur mémoire, les appelants ont également cité des témoignages d'expert faisant état des grandes quantités de rogue de hareng sur varech échangées:

[TRADUCTION] Le hareng du Pacifique fraie seulement dans certains endroits. Par conséquent, alors que certains groupes autochtones avaient accès à des sources d'œufs qui dépassaient leurs besoins, d'autres groupes n'avaient que peu ou pas accès à cette ressource. Cela explique en partie les échanges importants d'œufs que pratiquaient entre eux les groupes autochtones le long de la côte. Des tonnes d'œufs étaient transportés par canot des districts riches en œufs aux lieux moins favorisés.

Après que les œufs avaient été traités, des flotilles de canots à marchandises transportant des tonnes d'œufs voyageaient d'un district à l'autre, chargés de boîtes et de paniers.

La Cour d'appel a, examiné la preuve tirée du journal d'Alexander Mackenzie qui indiquait que, en échange de la rogue de hareng sur varech, les Heiltsuk recevaient [TRADUCTION] «du saumon grillé, des gâteaux d'écorce de pruche, ainsi que l'autre sorte faite d'œufs de saumon, d'oseille et de

that food products were the principal commodity obtained by the Heiltsuk in exchange for the herring spawn on kelp. Other goods received in exchange for herring spawn on kelp included elk skins for clothing, blankets, and seaweed.

shépherdie du Canada». Le juge Lambert a fait remarquer que les principaux biens obtenus par les Heiltsuk en échange de la rogue de hareng sur varech étaient des denrées alimentaires. Parmi les autres biens qu'ils recevaient en échange, mentionnons des peaux d'élan pour se vêtir, ainsi que des couvertures et des algues.

163 Thus, evidence of an established trading network is clear in this case. The Heiltsuk derived their sustenance from trade derived from the herring spawn on kelp resource; they relied on trade to supply them with the necessities of life, principally other food products.

Par conséquent, la preuve démontre clairement en l'espèce l'existence d'un réseau d'échanges établi. Les Heiltsuk tiraient leur subsistance d'échanges fondés sur l'exploitation de la rogue de hareng sur varech. Ils comptaient sur ces échanges pour se procurer les biens nécessaires à la vie, principalement d'autres produits alimentaires.

164 The next question is whether the Heiltsuk's use of the resource of herring spawn on kelp was confined to sustenance or whether the trade in question allowed the band to accumulate wealth beyond that required for a basic standard of living. The evidence indicates that large quantities of herring spawn on kelp were traded — amounts that would yield great wealth today because of large demand for herring spawn on kelp by foreign markets. However, the right to derive from a resource what was traditionally derived from that resource is not necessarily a right to harvest the same quantity of fish from that resource as was traditionally harvested. The right is rather to take from the fishery enough to secure "the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery".

La question suivante est de savoir si l'utilisation de la rogue de hareng sur varech par les Heiltsuk se limitait à des fins de subsistance, ou si les échanges en question permettaient à la bande d'accumuler de la richesse au-delà du strict nécessaire. La preuve indique que de grandes quantités de rogue de hareng sur varech étaient échangées, quantités qui aujourd'hui rapporteraient des sommes considérables, compte tenu de la grande demande pour ce produit sur les marchés étrangers. Cependant, le droit de tirer d'une ressource ce qui en était tiré traditionnellement n'équivaut pas nécessairement au droit d'en récolter la même quantité. Ce droit consiste plutôt à pêcher en quantité suffisante «l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche».

165 Despite the large quantities of herring spawn on kelp traditionally traded, the evidence does not indicate that the trade of herring spawn on kelp provided for the Heiltsuk anything more than basic sustenance. There is no evidence in this case that the Heiltsuk accumulated wealth which would exceed a sustenance lifestyle from the herring spawn on kelp fishery. It follows that the aboriginal right to trade in herring spawn on kelp from the Bella Bella region is limited to such trade as secures the modern equivalent of sustenance:

En dépit des grandes quantités de rogue de hareng sur varech échangées traditionnellement, il ne ressort pas de la preuve que ces échanges rapportaient aux Heiltsuk plus que ce qui est nécessaire pour satisfaire les besoins essentiels. Il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve indiquant que les Heiltsuk auraient tiré de la récolte de la rogue de hareng sur varech des richesses incompatibles avec une économie de subsistance. Il s'ensuit que le droit ancestral de faire le commerce de la rogue de hareng sur varech récoltée dans la région de Bella Bella se limite aux échanges assurant l'équivalent moderne de cette économie de subsistance: les choses essentielles, c'est-à-dire la nourriture, le

the basics of food, clothing and housing, supplemented by a few amenities.

2. Has the Heiltsuk Right to Sell Herring Spawn on Kelp Been Extinguished?

The Crown argued that if the Heiltsuk did have an aboriginal right to sell herring spawn on kelp, it was extinguished prior to 1982. The Crown refers to the regulatory scheme put in place in 1908, and Order in Council P.C. 2539 of 1917. This is the same regulatory scheme that the Crown put forth in *Van der Peet*, *supra*, to make the argument that any aboriginal right to fish commercially was extinguished prior to 1982. As discussed there, it does not support extinguishment.

The Crown also referred to provisions of the *Fisheries Act* of 1867-68 pertaining to the “young” of fish (S.C. 1868, c. 60, s. 13(9)): “No person shall fish for, catch, kill, buy, sell or possess the young of any of the fish named in this Act, or in any Regulation or Regulations under it”. Because herring was a fish named under the Act, the prohibition extended to herring spawn on kelp. An exception provided for the harvesting of fish spawn by Indians for food purposes. This prohibition on the harvesting fish spawn continued until 1974, when the harvesting of fish spawn for sale was allowed with a permit. The Crown argues that these regulations extinguished any aboriginal right to sell herring spawn on kelp.

I cannot conclude that these regulations extinguished the aboriginal right of the Heiltsuk people to use herring spawn on kelp as a source of sustenance. The regulations do not manifest the “clear and plain” intention required to extinguish an aboriginal right. The most likely purpose of these regulatory measures was to conserve the young of the resource in order to foster the growth of the fisheries. A measure aimed at conservation of a resource is not inconsistent with a recognition of

vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie.

2. Le droit des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech a-t-il été éteint?

Le ministère public a plaidé que si les Heiltsuk ont effectivement eu le droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech, ce droit a été éteint avant 1982. Le ministère public se réfère au régime de réglementation mis en place en 1908 et au décret du conseil C.P. 2539 de 1917. Il s’agit du même régime de réglementation que le ministère public a invoqué, dans *Van der Peet*, précité, au soutien de son argument que tout droit ancestral de pêcher commercialement a été éteint avant 1982. Ainsi qu’il a été dit dans ce pourvoi, ce régime n’étaye pas la thèse de l’extinction.

Le ministère public s’est aussi référé à la disposition de l’*Acte des pêcheries* de 1867-1868 concernant le «fretin» des poissons (S.C. 1868, ch. 60, par. 13(9)): «Personne ne pêchera, ne prendra ou ne tuera, n’achètera, vendra ni n’aura en sa possession le fretin des poissons nommés dans le présent acte, ou dans aucun règlement ou règlements établis sous son autorité». Étant donné que le hareng était un poisson désigné en vertu de l’Acte, l’interdiction s’appliquait à la rogue de hareng sur varech. Une exception était prévue à l’égard de la récolte d’œufs de poisson par les Indiens pour se nourrir. Cette interdiction de récolter des œufs de poisson est restée en vigueur jusqu’en 1974, date à laquelle la récolte de cette ressource à des fins de vente a été autorisée, moyennant obtention d’un permis. Le ministère public prétend que la réglementation en question a éteint tout droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech.

Je ne peux conclure que cette réglementation a éteint le droit ancestral des Heiltsuk d’utiliser la rogue de hareng sur varech comme moyen de subsistance. La réglementation n’exprime pas l’intention «claire et expresse» requise pour entraîner l’extinction d’un droit ancestral. L’objet le plus vraisemblable des ces mesures de réglementation était d’assurer la conservation du fretin de ce poisson dans le but de favoriser la croissance de cette pêche. Une mesure ayant pour but la conservation

166

167

168

an aboriginal right to make use of that resource. Indeed, there is no evidence that these regulations were intended to relate to the aboriginal right at all.

3. Does the Current Regulatory Scheme Infringe the Aboriginal Right to Fish commercially for Sustenance?

169 In *Van der Peet*, *supra*, at para. 298, I framed the question to be asked in order to determine whether the government has infringed the aboriginal right to fish for sustenance as follows: does the current regulatory scheme have the effect of “interfering with an existing aboriginal right”? The right is that of the Heiltsuk to sell herring spawn on kelp for sustenance purposes.

170 To demonstrate that an aboriginal right has been interfered with, an aboriginal person must establish a *prima facie* right to engage in the prohibited conduct at issue. However, the Crown may rebut the inference of infringement if it can demonstrate that the regulatory scheme, viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question.

171 As discussed above, the appellants, as members of the Heiltsuk, have a right to harvest and sell herring spawn on kelp for the purpose of sustenance, a right apparently denied by the regulation under which the appellants stand charged. Thus, the first requirement of the test is met.

172 However, the Crown denies infringement of the aboriginal right on the ground that the sale in question took place within a regulatory scheme which sufficiently accommodates the right of the Heiltsuk to sell herring spawn on kelp. The Heiltsuk possessed a “Category J” licence to harvest and sell herring spawn on kelp at the time that the attempted sale at issue in this case took place. That licence was one of 28 licences issued to harvest and sell herring spawn on kelp during the 1988 season. It entitled the Heiltsuk to harvest 16,000

d’une ressource n’est pas incompatible avec la reconnaissance d’un droit ancestral d’utiliser cette ressource. De fait, il n’y a aucune preuve que cette réglementation visait d’aucune façon le droit ancestral.

3. Le régime de réglementation actuel porte-t-il atteinte au droit ancestral de pêcher commercialement à des fins de subsistance?

Dans *Van der Peet*, précité, au par. 298, j’ai formulé de la façon suivante la question qu’il faut se poser afin de déterminer si le gouvernement a porté atteinte au droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance: le régime de réglementation actuel a-t-il pour effet de «porter atteinte à un droit ancestral existant»? Le droit en cause est celui des Heiltsuk de vendre de la roque de hareng sur varech à des fins de subsistance.

Pour démontrer qu’il a été porté atteinte à un droit ancestral, un autochtone doit établir l’existence à première vue d’un droit d’accomplir l’acte prohibé en cause. Toutefois, le ministère public peut repousser l’inférence qu’il y a atteinte en démontrant que, considéré dans son ensemble, le régime de réglementation respecte le droit ancestral collectif en question.

Comme il a été dit ci-dessus, les appelants ont, en tant que membres de la bande des Heiltsuk, le droit de récolter et de vendre la roque de hareng sur varech à des fins de subsistance, droit dont ils sont apparemment privés par la disposition réglementaire en vertu de laquelle ils ont été accusés. Par conséquent, la première condition du critère est remplie.

Cependant, le ministère public nie qu’il y a atteinte au droit ancestral, affirmant que la vente en question a eu lieu dans le cadre d’un régime de réglementation qui respecte suffisamment le droit des Heiltsuk de vendre de la roque de hareng sur varech. Au moment où la tentative de vente en question a eu lieu, les Heiltsuk étaient titulaires d’un permis de catégorie J qui les autorisait à récolter et à vendre de la roque de hareng sur varech. Ce permis était l’un des 28 permis de ce genre qui avaient été délivrés au cours de la saison

pounds of herring spawn on kelp, and the price per pound that year was between \$25 and \$28. The licence was issued in the name of one designated member of the Heiltsuk Band, but it was for use of the band as a whole. In short, in this case, unlike *Van der Peet* and *N.T.C. Smokehouse*, *supra*, the Crown argues that it has put in place a regulatory scheme that satisfies the aboriginal right.

The evidence does not disclose whether the "Category J" licence issued to the Heiltsuk was sufficient to satisfy the Heiltsuk's aboriginal right to sell herring spawn on kelp for sustenance. In order to determine whether the quantity of herring spawn on kelp allocated by the licence issued to the band was sufficient to satisfy the sustenance needs of the Heiltsuk, information as to their sustenance needs is required. I would refer the case for a new trial for determination of whether the projected revenue from the herring spawn on kelp sold pursuant to the "Category J" licence suffices to meet the Heiltsuk's sustenance needs.

4. Is the Limitation Placed on the Heiltsuk Right to Sell Herring Spawn on Kelp Justified?

Because of my position on the infringement issue, I do not reach this question. If infringement were established at a new trial, the question of whether such an infringement was justified should be decided at that point, according to the principles set out in *Van der Peet*, *supra*.

5. Conclusion

I would allow the appeal to the extent of confirming the existence of an aboriginal right of the Heiltsuk to sell herring spawn on kelp for sustenance purposes. I would order a new trial in order to decide whether that right has been infringed, and if so, whether such an infringement has been justified.

1988. En vertu de ce permis, les Heiltsuk pouvaient récolter 16 000 livres de rogue de hareng sur varech, dont le prix de vente au cours de l'année en question a oscillé entre 25 \$ et 28 \$ la livre. Le permis qui avait été délivré au nom d'un membre désigné de la bande des Heiltsuk était valable pour l'ensemble de la bande. Bref, en l'espèce, contrairement aux affaires *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, précitées, le ministère public prétend qu'il a mis en place un régime de réglementation qui respecte le droit ancestral.

La preuve n'indique pas si le permis de catégorie J délivré aux Heiltsuk respectait suffisamment le droit ancestral des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. Afin de déterminer si la quantité de rogue de hareng sur varech attribuée au moyen du permis délivré à la bande était suffisante pour combler les besoins des Heiltsuk en matière de subsistance, il faut disposer d'information sur ces besoins. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire en vue de la tenue d'un nouveau procès afin d'y déterminer si les revenus escomptés de la vente de rogue de hareng sur varech conformément au permis de catégorie J sont suffisants pour satisfaire les besoins des Heiltsuk en matière de subsistance.

4. Les limites imposées au droit des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech sont-elles justifiées?

Vu ma position sur la question de l'atteinte, je n'ai pas à examiner la question susmentionnée. Si, dans le cadre d'un nouveau procès, on établit l'existence d'une atteinte, la question de savoir si elle était justifiée doit alors être tranchée conformément aux principes énoncés dans *Van der Peet*, précité.

5. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence du droit ancestral des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. J'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès afin de déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée.

173

174

175

Appeal allowed, LA FOREST J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge LA FOREST est dissident.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des appelants: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller, Pearlman, Victoria.

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

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

Solicitor for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the interveners Delgamuukw, et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

Howard Pamajewon and Roger Jones *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Assembly of Manitoba Chiefs, the Federation of Saskatchewan Indian Nations and White Bear First Nations, and Delgamuukw et al. *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PAMAJEWON

File No.: 24596.

Hearing and judgment: February 26, 1996.

Reasons delivered: August 22, 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 ONTARIO

Constitutional law — Aboriginal rights — Self-government and high stakes gambling — First nations passing lotteries by-laws — By-laws not passed pursuant to s. 81 of Indian Act — Criminal charges laid for alleged breach of gambling provisions — Whether an aboriginal right to gamble — Whether an aboriginal

Howard Pamajewon et Roger Jones *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, l'Assemblée of Manitoba Chiefs, la Federation of Saskatchewan Indian Nations et les premières nations de White Bear, et Delgamuukw et autres *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. PAMAJEWON

N^o du greffe: 24596.

Audition et jugement: 26 février 1996.

Motifs déposés: 22 août 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 L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autonomie gouvernementale et jeux de hasard à gros enjeux — Prise par les premières nations d'un règlement administratif sur les loteries — Règlement administratif non pris conformément à l'art. 81 de la Loi sur les Indiens — Dépôt d'accusations criminelles reprochant des

right to self-government which includes the right to regulate gambling activities — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 201(1), 206(1)(d), 207 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81.

The Shawanaga First Nation and the Eagle Lake First Nation both passed by-laws dealing with lotteries. Neither by-law was passed pursuant to s. 81 of the *Indian Act* and neither First Nation had a provincial licence authorizing gambling operations. The Shawanaga First Nation asserted an inherent right to self-government and the Eagle Lake First Nation asserted the right to be self-regulating in its economic activities.

The appellants Howard Pamajewon and Roger Jones, members of the Shawanaga First Nation, were charged with keeping a common gaming house contrary to s. 201(1) of the *Criminal Code*. The charges arose out of high stakes bingo and other gambling activities on the reserve. The appellants Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner, members of the Eagle Lake First Nation, were charged with conducting a scheme for the purpose of determining the winners of property, contrary to s. 206(1)(d) of the *Code*. The charges related to the band's bingo activities on the reserve. All were convicted and the convictions were upheld on appeal. At issue here was whether the regulation of high stakes gambling by the Shawanaga and Eagle Lake First Nations fell within the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The constitutional question before the Court queried whether ss. 201, 206 or 207 of the *Code*, separately or in combination, were of no force or effect with respect to the appellants by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Assuming without deciding that s. 35(1) includes self-government claims, the applicable legal standard is that laid out in *R. v. Van der Peet*. Claims to self-government made under

contraventions à des dispositions concernant les jeux de hasard — Existe-t-il un droit ancestral de s'adonner à des jeux de hasard? — Existe-t-il un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale qui inclut le droit de réglementer les activités de jeux de hasard? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 201(1), 206(1)d), 207 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81.

Les premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake ont toutes deux pris des règlements administratifs sur les loteries. Ni l'un ni l'autre des règlements administratifs n'ont été pris conformément à l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, et ni l'une ni l'autre de ces premières nations ne détenaient de permis provincial autorisant les activités de jeu. La première nation Shawanaga a invoqué un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et la première nation de Eagle Lake a invoqué son droit d'auto-réglementer ses activités économiques.

Les appelants Howard Pamajewon et Roger Jones, membres de la première nation de Shawanaga, ont été accusés d'avoir tenu une maison de jeu, contrairement au par. 201(1) du *Code criminel*. Les accusations ont été portées à la suite d'un bingo à gros enjeux et d'autres activités de jeux de hasard qui se sont déroulés dans la réserve. Les appelants Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner, membres de la première nation de Eagle Lake, ont été accusés d'avoir conduit un plan pour déterminer les gagnants d'un bien, contrairement à l'al. 206(1)d) du *Code*. Les accusations se rapportaient aux activités de bingo de la bande dans la réserve. Tous les appelants ont été déclarés coupables et les déclarations de culpabilité ont été confirmées en appel. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la réglementation des jeux de hasard à gros enjeux par les premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake est visée par les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question constitutionnelle examinée par la Cour est de savoir si les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: À supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale, la norme juridique pertinente n'en

s. 35(1) are no different from other claims to the enjoyment of aboriginal rights and must be measured against the same standard.

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. The Court must first identify the exact nature of the activity claimed to be a right and must then go on to determine whether that activity could be said to be “a defining feature of the culture in question” prior to contact with Europeans.

The most accurate characterization of the appellants’ claim is that they are asserting that s. 35(1) recognizes and affirms the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands. To characterize the appellants’ claim as “a broad right to manage the use of their reserve lands” would cast the Court’s inquiry at a level of excessive generality. Aboriginal rights, including any asserted right to self-government, must be looked at in light of the specific circumstances of each case and, in particular, in light of the specific history and culture of the aboriginal group claiming the right.

The evidence presented at trial did not demonstrate that gambling, or that the regulation of gambling, was an integral part of the distinctive cultures of the Shawanaga or Eagle Lake First Nations at the time of contact. The activity was therefore not protected by s. 35(1).

Per L’Heureux-Dubé J.: To characterize the appellants’ claim as the existence in their bands of a broad authority, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to make decisions regarding natives’ social, economic, and cultural well-being (including the regulating of gambling activities) is overly broad. The claim, nevertheless, should not be characterized as “the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands”. The proper inquiry focuses upon the activity itself and not on the specific manner in which it has been manifested. The claim must be broadly characterized: do the appellants possess an existing aboriginal right to gamble? If such a right can

demeure pas moins celle établie dans *R. c. Van der Peet*. Les revendications d’autonomie gouvernementale présentées en vertu du par. 35(1) ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent être appréciées au regard de la même norme.

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. La Cour doit d’abord déterminer la nature exacte de l’activité qui, prétend-on, serait un droit, et ensuite se demander s’il est possible d’affirmer que cette activité était «une caractéristique déterminante de la culture en cause» avant le contact avec les Européens.

La façon la plus précise de caractériser la revendication des appelants est de dire qu’ils prétendent que le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités. Caractériser la revendication des appelants de «droit général de gérer l’utilisation des terres de leurs réserves» aurait pour effet d’assujettir l’examen de la Cour à un degré excessif de généralité. Les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l’autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l’histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit.

La preuve présentée aux procès n’établit pas que les jeux de hasard ou la réglementation de telles activités faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la première nation de Shawanaga ou de celle de la première nation de Eagle Lake au moment du contact avec les Européens. L’activité n’est donc pas protégée par le par. 35(1).

Le juge L’Heureux-Dubé: Décrire la revendication des appelants comme étant l’existence pour leurs bandes d’un large pouvoir, protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de prendre des décisions concernant le bien-être social, économique et culturel des autochtones (y compris le pouvoir de réglementer les activités de jeux de hasard) est une caractérisation trop générale. Néanmoins, la revendication ne devrait pas être caractérisée comme étant le «droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités». L’analyse doit porter sur l’activité elle-même et non sur la façon particulière dont elle a été exercée. Il faut caractériser la

be shown to exist it would oblige the government to justify the infringement upon that right by the *Criminal Code*, which essentially prohibits gambling.

The definition of aboriginal rights should refer to the notion of the "integral part of a distinctive aboriginal culture", and to be recognized under s. 35(1), must be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. The evidence presented did not show that gambling ever played an important role in the cultures of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations. Gambling as a practice was not connected enough to the self-identity and self-preservation of the aboriginal societies involved here to deserve the protection of s. 35(1). It was unnecessary to consider whether s. 35(1) encompasses a broad right of self-government which includes the authority to regulate gambling activities on the reservation. Even if some rights of self-government existed before 1982, there was no evidence that gambling on reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal regulation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 15, 201(1), 206(1)(d), 207 [rep. & subs. c. 52 (1st Supp.), s. 3].

revendication de façon générale: les appelants possèdent-ils un droit ancestral existant de s'adonner aux jeux de hasard. Si l'existence d'un tel droit peut être établie, le gouvernement est alors tenu de justifier l'atteinte portée à ce droit par le *Code criminel*, qui interdit essentiellement les jeux de hasard.

La définition des droits ancestraux doit tenir compte de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», et pour être reconnus en vertu du par. 35(1), ces droits doivent être suffisamment importants et fondamentaux pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. La preuve présentée n'a pas établi que les jeux de hasard aient jamais joué un rôle important dans la culture de la première nation de Shawanaga et celle de la première nation de Eagle Lake. Les jeux de hasard, en tant que pratique, n'ont pas un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones auxquelles les appelants appartiennent pour justifier de reconnaître à ces activités la protection du par. 35(1). Il n'est donc pas nécessaire de se demander si le par. 35(1) confère un droit général à l'autonomie gouvernementale incluant celui de réglementer les activités de jeux de hasard dans la réserve. Même si certains droits à l'autonomie gouvernementale existaient avant 1982, il n'y a aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés:** *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 15, 201(1), 206(1)(d), 207 [abr. & rempl. ch. 52 (1^{er} suppl.), art. 3].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81 [am. c. 32 (1st Supp.), s. 15].

Robinson Treaty Made in the Year 1850 with the Ojibewa Indians of Lake Huron. Reprinted from the edition of 1939. Ottawa: Queen's Printer, 1964.

Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 21 O.R. (3d) 385, 120 D.L.R. (4th) 475, 95 C.C.C. (3d) 97, 36 C.R. (4th) 388, 77 O.A.C. 161, 25 C.R.R. (2d) 207, [1995] 2 C.N.L.R. 188, dismissing appeals by Howard Pamajewon and Roger Jones from convictions by Carr Prov. Ct. J. and by Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner from convictions by Flaherty Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Arthur C. Pape, Clayton C. Ruby and Jean Teillet, for the appellants.

Scott C. Hutchison, for the respondent.

Ivan G. Whitehall, Q.C., and *Kimberley Prost*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Pierre Lachance, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kenneth J. Tyler and Richard A. Saull, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Margaret Unsworth, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Jack R. London, Q.C., and *Martin S. Minuk*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81 [mod. ch. 32 (1^{er} suppl.), art.15].

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), ann. II, n^o 1.

Traité Robinson conclu en l'année 1850 avec les Ojibeways du Lac Huron. Réimpression de l'édition de 1939. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1964.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 21 O.R. (3d) 385, 120 D.L.R. (4th) 475, 95 C.C.C. (3d) 97, 36 C.R. (4th) 388, 77 O.A.C. 161, 25 C.R.R. (2d) 207, [1995] 2 C.N.L.R. 188, qui a rejeté les appels interjetés par Howard Pamajewon et Roger Jones contre les déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Carr de la Cour provinciale, ainsi que les appels interjetés par Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner contre les déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Flaherty de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Arthur C. Pape, Clayton C. Ruby et Jean Teillet, pour les appelants.

Scott C. Hutchison, pour l'intimée.

Ivan G. Whitehall, c.r., et *Kimberley Prost*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Pierre Lachance, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kenneth J. Tyler et Richard A. Saull, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Margaret Unsworth, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jack R. London, c.r., et *Martin S. Minuk*, pour l'intervenante l'Assemblée of Manitoba Chiefs.

Mary Ellen Turpel-Lafond and Lesia Ostertag, for the interveners the Federation of Saskatchewan Indian Nations and White Bear First Nations.

Louise Mandell and Peter W. Hutchins, for the interveners Delgamuukw et al.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ This appeal raises the question of whether the conduct of high stakes gambling by the Shawanaga and Eagle Lake First Nations falls within the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

² The appeal was heard on February 26, 1996 and judgment was given dismissing the appeal. The following brief reasons will explain the basis for this decision.

II. Statement of Facts

Pamajewon and Jones

³ The appellants Pamajewon and Jones are members of the Shawanaga First Nation. On March 29, 1993, both were found guilty of the offence of keeping a common gaming house contrary to s. 201(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Section 201(1) of the *Criminal Code* reads:

201. (1) Every one who keeps a common gaming house or common betting house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

⁴ The charges arose out of the high stakes bingo and other gambling activities which took place on the Shawanaga First Nation Reservation between September 11, 1987 and October 6, 1990. Throughout this period Jones was Chief of the

Mary Ellen Turpel-Lafond et Lesia Ostertag, pour les intervenantes la Federation of Saskatchewan Indian Nations et les premières nations de White Bear.

Louise Mandell et Peter W. Hutchins, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

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 soulève la question de savoir si la conduite de jeux de hasard à gros enjeux par les premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake est visée par les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le pourvoi a été entendu le 26 février 1996 et jugement a été rendu rejetant le pourvoi. Les brefs motifs qui suivent expliquent le fondement de cette décision.

II. Exposé des faits

Pamajewon et Jones

Les appelants Pamajewon et Jones sont membres de la première nation de Shawanaga. Le 29 mars 1993, ils ont tous deux été déclarés coupables d'avoir tenu une maison de jeu, contrairement au par. 201(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Cette disposition est ainsi rédigée:

201. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de jeu ou une maison de pari.

Les accusations ont été portées à la suite d'un bingo à gros enjeux et d'autres activités de jeux de hasard qui se sont déroulés dans la réserve de la première nation de Shawanaga entre le 11 septembre 1987 et le 6 octobre 1990. Pendant toute cette

Shawanaga First Nation and Pamajewon was a member of the Shawanaga Band Council.

Gambling on the reservation took place pursuant to the authority of the Shawanaga First Nation lottery law. This lottery law, enacted by the Band Council in August 1987, was not a by-law passed pursuant to s. 81 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

The Shawanaga First Nation did not have a provincial licence authorizing its gambling activities. The band had met with the Ontario Lottery Corporation but had refused the Corporation's offer of a gambling licence on the basis that such a licence was unnecessary because the band had an inherent right of self-government.

At trial the appellants Pamajewon and Jones were convicted. Their convictions were upheld by the Ontario Court of Appeal.

Gardner, Pitchenese and Gardner

The appellants Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner are all members of the Eagle Lake First Nation. On November 19, 1993 they were found guilty of conducting a scheme for the purpose of determining the winners of property, contrary to s. 206(1)(d) of the *Code*. Section 206(1)(d) of the *Code* reads:

206. (1) Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years who

(d) conducts or manages any scheme, contrivance or operation of any kind for the purpose of determining who, or the holders of what lots, tickets, numbers or chances, are the winners of any property so proposed to be advanced, lent, given, sold or disposed of . . .

At the time they were charged Arnold Gardner was Chief of the Eagle Lake Band and chairman of the bingo committee. Jack Pitchenese managed the

période, Jones était chef de la première nation de Shawanaga et Pamajewon était membre du conseil de bande de Shawanaga.

Les jeux de hasard organisés dans la réserve se sont déroulés en vertu de la loi sur les loteries de la première nation de Shawanaga. Cette loi, édictée par le conseil de bande en août 1987, n'était pas un règlement administratif pris conformément à l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

La première nation de Shawanaga ne détenait pas de permis provincial autorisant ses activités de jeu. La bande avait rencontré la Société des loteries de l'Ontario, mais avait refusé la licence que celle-ci lui offrait pour le motif qu'elle n'en avait pas besoin, étant donné qu'elle possédait le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

À leur procès, les appelants Pamajewon et Jones ont été déclarés coupables. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ces déclarations de culpabilité.

Gardner, Pitchenese et Gardner

Les appelants Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner sont tous membres de la première nation de Eagle Lake. Le 19 novembre 1993, ils ont été déclarés coupables d'avoir conduit un plan pour déterminer les gagnants d'un bien, contrairement à l'al. 206(1)d) du *Code*, qui est ainsi rédigé:

206. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, selon le cas:

d) conduit ou administre un plan, un arrangement ou une opération de quelque genre que ce soit pour déterminer quels individus ou les porteurs de quels lots, billets, numéros ou chances sont les gagnants d'un bien qu'il est ainsi proposé de céder par avance, prêter, donner, vendre ou aliéner . . .

Au moment où les accusations ont été portées, Arnold Gardner était chef de la bande de Eagle Lake et président du comité du bingo, Jack

5

6

7

8

9

bingo operations. Allan Gardner was the chief bingo caller.

Pitchenese administrait les activités du bingo et Allan Gardner était le meneur de jeu en chef du bingo.

10 The gambling activities on the Eagle Lake Reserve were conducted pursuant to the Eagle Lake First Nation Band Council's lottery law, enacted in March 1985. This lottery law was not a by-law passed pursuant to s. 81 of the *Indian Act*.

Les activités de jeu conduites dans la réserve de Eagle Lake l'ont été en vertu de la loi sur les loteries du conseil de bande de la première nation de Eagle Lake, édictée en mars 1985. Cette loi sur les loteries n'était pas un règlement administratif pris conformément à l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*.

11 The Eagle Lake First Nation did not have a provincial licence authorizing its gambling operations; the band had refused to negotiate with the Ontario Lottery Commission, even though it was approached for this purpose by the Ministry of Consumer and Commercial Relations. The band would not negotiate because it asserted the right to be self-regulating in its economic activities.

La première nation de Eagle Lake ne détenait pas de permis provincial autorisant ses activités de jeu. La bande avait refusé de négocier avec la Société des loteries de l'Ontario, même si le ministère de la Consommation et du Commerce avait fait des démarches auprès d'elle à cette fin. La bande refusait de négocier, invoquant son droit d'autoréglementer ses activités économiques.

12 The appellants Gardner, Pitchenese and Gardner were convicted at trial. Their convictions were upheld by the Ontario Court of Appeal.

Les appelants Gardner, Pitchenese et Gardner ont été déclarés coupables au terme du procès. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé les déclarations de culpabilité.

III. Judgments Below

III. Juridictions inférieures

Provincial Court

La Cour provinciale

Pamajewon and Jones

Pamajewon et Jones

13 At trial the appellants Pamajewon and Jones argued that the Crown had failed to prove the essential elements of the offence. Carr Prov. Ct. J. rejected this argument. It has not been pursued on appeal. The appellants argued further that they should not be convicted because their actions were taken pursuant to laws enacted by persons in possession of *de facto* sovereignty, as per s. 15 of the *Code*. Carr Prov. Ct. J. also rejected this argument, holding that the appellants had not demonstrated either that they were acting in "obedience" to the Shawanaga First Nation's lottery law (it did not require them to act as they did) or that the band council had *de facto* sovereignty. This argument has not been pursued on appeal.

Au procès, les appelants Pamajewon et Jones ont plaidé que le ministère public n'avait pas réussi à prouver les éléments essentiels de l'infraction. Le juge Carr de la Cour provinciale a rejeté cet argument, qui n'a pas été repris en appel. Les appelants ont aussi avancé qu'ils ne devaient pas être déclarés coupables, parce qu'ils avaient accompli les actes reprochés conformément à des lois édictées par des personnes possédant *de facto* un pouvoir souverain au sens de l'art. 15 du *Code*. Le juge Carr a également rejeté cet argument, statuant que les appelants n'avaient fait la preuve ni qu'ils avaient agi [TRADUCTION] «en exécution» de la loi sur les loteries de la première nation de Shawanaga (qui n'exigeait pas d'eux qu'ils agissent comme ils l'ont fait), ni que le conseil de bande possédait *de facto* un pouvoir souverain. Cet argument n'a pas été repris en appel.

The appellants' final argument was that the application of s. 201(1) of the *Code* was an unconstitutional violation of the Shawanaga First Nation's inherent right of self-government. Carr Prov. Ct. J. rejected this argument. Relying on the terms of the *Royal Proclamation of 1763* and the Robinson Huron Treaty of 1850, and the granting of exclusive jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians" to the federal government under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, he held that any right of self-government which was once held by the Shawanaga First Nation had been extinguished by the clear and plain intention of the Crown, with the result that the appellants could not rely on such a right as a defence to the charges against them.

In the result, Carr Prov. Ct. J. convicted the appellants and sentenced them to a fine of \$1,500 each.

Gardner, Pitchenese and Gardner

The appellants Gardner, Pitchenese and Gardner argued that they should not be convicted because s. 206 of the *Code* unjustifiably interfered with the Eagle Lake First Nation's s. 35(1) right to self-government. Flaherty Prov. Ct. J. rejected this argument. He held that the appellants' argument amounted, in essence, to an attempt to base the right to self-government on the economic disadvantages suffered by the Eagle Lake First Nation. Flaherty Prov. Ct. J. held that such a claim must fail:

However one may wish to complain about ones economic disadvantage and however apparent it might be, redress needs to be found in other ways. People need to find ways of creating wealth and generating revenue that are not contrary to the Criminal law. . . . I am not persuaded that the economic disadvantages of the Eagle Lake First Nations people as evident as they have been established to be in these proceedings and of First Nations people generally can be addressed by activity which contravenes the Criminal law nor can I strike down a section of the Criminal Code which is otherwise

14
Selon le dernier argument des appelants, l'application du par. 201(1) du *Code* est une violation inconstitutionnelle du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de la première nation de Shawanaga. Le juge Carr a rejeté cet argument. S'appuyant sur le libellé de la *Proclamation royale de 1763* et du *Traité Robinson du lac Huron de 1850*, ainsi que sur le fait que le gouvernement fédéral a compétence exclusive sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a statué que tout droit à l'autonomie gouvernementale que détenait autrefois la première nation de Shawanaga avait été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse en ce sens par l'État, et qu'en conséquence les appelants ne pouvaient invoquer ce droit comme moyen de défense à l'égard des accusations portées contre eux.

15
Finalement, le juge Carr a déclaré les appelants coupables et les a condamnés chacun à une amende de 1 500 \$.

Gardner, Pitchenese et Gardner

16
Les appelants Gardner, Pitchenese et Gardner ont prétendu qu'ils ne devraient pas être déclarés coupables parce que l'art. 206 du *Code* porte atteinte de façon injustifiée au droit à l'autonomie gouvernementale reconnu à la première nation de Eagle Lake par le par. 35(1). Le juge Flaherty de la Cour provinciale a rejeté cet argument. Il a statué que l'argument des appelants revenait essentiellement à tenter de fonder le droit à l'autonomie gouvernementale sur la situation économique défavorable de la première nation de Eagle Lake. Le juge Flaherty a conclu qu'une telle prétention ne pouvait pas être retenue:

[TRADUCTION] Si nécessaire qu'il puisse paraître à quelqu'un de se plaindre de sa situation économique défavorable et si criante que puisse être cette situation, il faut chercher d'autres moyens d'y remédier. Il faut trouver des façons de créer de la richesse et de tirer un revenu qui ne sont pas contraires au droit criminel. [. . .] [J]e ne suis pas convaincu que la situation économique défavorable de la première nation de Eagle Lake, aussi évidente qu'elle soit à la lumière de la preuve déposée en l'espèce, et que la situation économique défavorable des premières nations en général peuvent être redressées par

constitutionally valid for the reasons carefully and ably submitted in this case.

- 17 Flaherty Prov. Ct. J. convicted the appellants Gardner, Pitchenese and Gardner and sentenced them to a fine of \$1,500 each.

Ontario Court of Appeal (1994), 21 O.R. (3d) 385

- 18 At the Ontario Court of Appeal the appellants argued that their convictions violated their respective bands' rights to self-government. They argued that the right to self-government existed either as an incident to aboriginal title in the reserve land or as an inherent aboriginal right. The Court of Appeal rejected this argument. Osborne J.A. held that the basis of aboriginal title, as was held by Macfarlane J.A. at the British Columbia Court of Appeal in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, is the aboriginal use and occupation of the land, and that the content of such title is determined by the nature of the traditional aboriginal enjoyment of that land. Osborne J.A. held that in light of this basis and content it could not be said that aboriginal title gave rise to a broad right of self-government. Instead, the specific right of self-government claimed must be considered and a determination made as to whether that specific right arises from the traditional aboriginal culture and land use of the particular claimants. In this case the specific right of self-government claimed was the right to regulate high stakes gambling; Osborne J.A. held, at p. 400, that there "is no evidence to support a conclusion that gambling generally or high stakes gambling of the sort in issue here, were part of the First Nations' historic cultures and traditions, or an aspect of their use of their land".

une activité qui contrevient au droit criminel, et je ne peux pas non plus annuler un article du Code criminel, par ailleurs valide sur le plan constitutionnel, pour les motifs soigneusement et habilement exposés en l'es-pèce.

Le juge Flaherty a déclaré les appelants Gardner, Pitchenese et Gardner coupables et les a condamnés chacun à une amende de 1 500 \$.

La Cour d'appel de l'Ontario (1994), 21 O.R. (3d) 385

Devant la Cour d'appel de l'Ontario, les appelants ont affirmé que leurs déclarations de culpabilité violaient le droit à l'autonomie gouvernementale de leur bande indienne respective. Ils ont avancé que le droit à l'autonomie gouvernementale existait soit en tant qu'accessoire du titre aborigène visant les terres de la réserve, soit en tant que droit ancestral inhérent. La Cour d'appel n'a pas retenu cet argument. Le juge Osborne a statué que le titre aborigène repose, comme a conclu le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, sur l'occupation et l'utilisation du territoire par les autochtones, et que le contenu de ce titre est déterminé par la nature du droit de jouissance dont les autochtones ont traditionnellement profité à l'égard de ce territoire. Le juge Osborne a conclu que, à la lumière du fondement et de la teneur du titre aborigène, il est impossible d'affirmer que celui-ci a donné naissance à un droit général à l'autonomie gouvernementale. Au contraire, c'est le droit particulier à l'autonomie gouvernementale revendiqué qui doit être examiné afin de déterminer si ce droit découle de la culture autochtone traditionnelle des intéressés et de leur utilisation traditionnelle du territoire. En l'espèce, le droit particulier à l'autonomie gouvernementale revendiqué est celui de réglementer les jeux de hasard à gros enjeux. Le juge Osborne a statué, à la p. 400, qu' [TRADUCTION] «aucun élément de preuve ne permet de conclure que les jeux de hasard en général et les jeux de hasard à gros enjeux comme ceux en cause ici faisaient partie de la culture et des traditions historiques des premières nations, ou qu'ils constituaient un aspect de l'utilisation qu'elles faisaient de leur territoire».

Osborne J.A. held further that *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, is authority for the proposition that any broad inherent right to self-government held by the appellants was extinguished by the British assertion of sovereignty. The success of a claim to any more specific right of self-government will depend on the historical evidence regarding the aboriginal community of the particular claimant. In this case he held at p. 400 that the appellants' claim to self-government was not supported by the evidence: "there is no evidence that gambling on the reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal regulation. Moreover, there is no evidence of an historic involvement in anything resembling the high stake gambling in issue in these cases". Osborne J.A. went on to hold that, in any case, any regulatory right over gambling held by the appellants in these cases was extinguished by Parliament's enactment of prohibitions on gambling in the *Code*.

IV. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on June 1, 1995: [1995] 2 S.C.R. viii. On July 6, 1995 the following constitutional question was stated:

Are s. 201, s. 206 or s. 207 of the *Criminal Code*, separately or in combination, of no force or effect with respect to the appellants, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in the circumstances of these proceedings, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellants?

The appellants appealed on the basis that the Court of Appeal erred in restricting aboriginal title to rights that are activity and site specific and in concluding that self-government only extends to those matters which were governed by ancient laws or customs. The appellant argued further that the Court of Appeal erred in concluding that the *Code* extinguished self-government regarding gaming and in not addressing whether the *Code's* gaming provisions unjustifiably interfered with the

Le juge Osborne a aussi conclu que l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, permet d'affirmer que tout droit général et inhérent à l'autonomie gouvernementale que détenaient les appelants a été éteint par l'affirmation de souveraineté des Britanniques. Le succès d'une revendication d'un droit plus particulier à l'autonomie gouvernementale dépend de la preuve historique se rapportant à la collectivité autochtone de l'intéressé. Le juge Osborne a statué, à la p. 400, que la prétention des appelants à l'autonomie gouvernementale ne s'appuyait sur aucun élément de preuve: [TRADUCTION] «il n'y a aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone. Qui plus est, il n'y a aucune preuve d'une quelconque participation historique à quoi que ce soit d'analogue aux jeux de hasard à gros enjeux en cause dans les présents cas». Le juge Osborne a poursuivi en concluant que, de toute manière, tout droit de réglementer les jeux de hasard que détenaient les appelants en l'espèce avait été éteint par les interdictions visant les jeux de hasard édictées par le législateur fédéral dans le *Code*.

IV. Moyens d'appel

L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a été accordée le 1^{er} juin 1995: [1995] 2 R.C.S. viii. Le 6 juillet 1995, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

Dans les circonstances du présent pourvoi, les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont-ils inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par les appelants?

Dans leur pourvoi, les appelants affirment que la Cour d'appel a commis une erreur en limitant le titre aborigène aux droits touchant une activité et un site spécifiques, et en concluant que l'autonomie gouvernementale ne s'étend qu'aux questions qui étaient régies par d'anciennes lois ou coutumes. Les appelants ont aussi prétendu que la Cour d'appel avait fait erreur en statuant que le *Code* avait éteint le droit à l'autonomie gouvernementale en matière de jeux de hasard, et en ne se

rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

22 The Federation of Saskatchewan Indian Nations and White Bear First Nations intervened on behalf of the appellants. The Attorney Generals of Canada, Quebec, Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta intervened on behalf of the respondent.

V. Analysis

23 The resolution of the appellants' claim in this case rests on the application of the test, laid out by this Court in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, for determining the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The appellants in this case are claiming that the gambling activities in which they took part, and their respective bands' regulation of those gambling activities, fell within the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). *Van der Peet, supra*, lays out the test for determining the practices, customs and traditions which fall within s. 35(1) and, as such, provides the legal standard against which the appellants' claim must be measured.

24 The appellants' claim involves the assertion that s. 35(1) encompasses the right of self-government, and that this right includes the right to regulate gambling activities on the reservation. Assuming without deciding that s. 35(1) includes self-government claims, the applicable legal standard is nonetheless that laid out in *Van der Peet, supra*. Assuming s. 35(1) encompasses claims to aboriginal self-government, such claims must be considered in light of the purposes underlying that provision and must, therefore, be considered against the test derived from consideration of those purposes. This is the test laid out in *Van der Peet, supra*. In so far as they can be made under s. 35(1), claims to self-government are no different from other claims

demandant pas si ces dispositions du *Code* sur les jeux de hasard portaient atteinte de façon injustifiée aux droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Federation of Saskatchewan Indian Nations et les premières nations de White Bear sont intervenues en faveur des appelants. Les procureurs généraux du Canada, du Québec, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta sont intervenus en faveur de l'intimée.

V. Analyse

La résolution de la revendication des appelants en l'espèce repose sur l'application du critère qu'a établi notre Cour dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, pour déterminer les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le présent cas, les appelants affirment que les activités de jeux de hasard auxquelles ils ont pris part et la réglementation établie par leur bande indienne respective à l'égard de ces activités sont visées par les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). L'arrêt *Van der Peet*, précité, énonce le critère permettant de déterminer les coutumes, pratiques et traditions visées par le par. 35(1) et, de ce fait, constitue la norme juridique au regard de laquelle la revendication des appelants doit être appréciée.

La revendication des appelants comporte l'affirmation que le par. 35(1) englobe le droit à l'autonomie gouvernementale, et que ce droit comprend le droit de réglementer les activités de jeux de hasard dans la réserve. À supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale, la norme juridique pertinente n'en demeure pas moins celle établie dans *Van der Peet*, précité. À supposer que les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone sont visées par le par. 35(1), ces revendications doivent être examinées à la lumière des objets sous-jacents de cette disposition et, par conséquent, être appréciées au regard du critère tiré de l'analyse de ces objets. Il s'agit du critère établi dans *Van der Peet*, précité. Dans la mesure où elles peuvent être présentées en vertu du par. 35(1), les revendications d'autonomie gouver-

to the enjoyment of aboriginal rights and must, as such, be measured against the same standard.

In *Van der Peet, supra*, the test for identifying aboriginal rights was said to be as follows, at para. 46:

... 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.

In applying this test the Court must first identify the exact nature of the activity claimed to be a right and must then go on to determine whether, on the evidence presented to the trial judge, and on the facts as found by the trial judge, that activity could be said to be (*Van der Peet*, at para. 59) “a defining feature of the culture in question” prior to contact with Europeans.

I now turn to the first part of the *Van der Peet* test, the characterization of the appellants’ claim. In *Van der Peet, supra*, the Court held at para. 53 that:

To characterize an applicant’s claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right.

When these factors are considered in this case it can be seen that the correct characterization of the appellants’ claim is that they are claiming the right to participate in, and to regulate, high stakes gambling activities on the reservation. The activity which the appellants organized, and which their bands regulated, was high stakes gambling. The statute which they argue violates those rights prohibits gambling subject only to a few very limited exceptions (laid out in s. 207 of the *Code*). Finally, the applicants rely in support of their claim on the fact that the “Ojibwa people . . . had a long tradition of public games and sporting events, which pre-dated the arrival of Europeans”. Thus, the

nementale ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent, de ce fait, être appréciées au regard de la même norme.

Dans *Van der Peet*, précité, le critère permettant de déterminer l’existence des droits ancestraux a été énoncé ainsi, au par. 46:

... 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.

Dans l’application de ce critère, la Cour doit d’abord déterminer la nature exacte de l’activité qui, prétend-on, serait un droit, et ensuite se demander si, compte tenu de la preuve présentée au juge du procès et des conclusions de fait du juge du procès, il est possible d’affirmer que cette activité était «une caractéristique déterminante de la culture en cause» (*Van der Peet*, par. 59), avant le contact avec les Européens.

Je vais maintenant examiner la première partie du critère établi dans *Van der Peet*, soit la caractérisation de la revendication des appelants. Dans *Van der Peet*, la Cour a statué, au par. 53, que:

Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l’acte qui, d’affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d’un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l’autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l’existence du droit.

La prise en considération de ces facteurs en l’espèce permet de constater que la bonne façon de caractériser la revendication des appelants est de dire qu’ils revendiquent le droit de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités. Ce que les appelants ont organisé, et que leurs bandes indiennes ont réglementé, ce sont des jeux de hasard à gros enjeux. Le texte de loi qui, selon eux, viole ces droits interdit les jeux de hasard, sous réserve de quelques exceptions de portée limitée (énoncées à l’art. 207 du *Code*). Enfin, les appelants invoquent, au soutien de leur revendication, le fait que le [TRADUCTION] «peuple ojibway [. . .]

25

26

activity in which the appellants were engaged and which their bands regulated, the statute they are impugning, and the historical evidence on which they rely, all relate to the conduct and regulation of gambling. As such, the most accurate characterization of the appellants' claim is that they are asserting that s. 35(1) recognizes and affirms the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands.

27 The appellants themselves would have this Court characterize their claim as to "a broad right to manage the use of their reserve lands". To so characterize the appellants' claim would be to cast the Court's inquiry at a level of excessive generality. Aboriginal rights, including any asserted right to self-government, must be looked at in light of the specific circumstances of each case and, in particular, in light of the specific history and culture of the aboriginal group claiming the right. The factors laid out in *Van der Peet*, and applied, *supra*, allow the Court to consider the appellants' claim at the appropriate level of specificity; the characterization put forward by the appellants would not allow the Court to do so.

28 I now turn to the second branch of the *Van der Peet* test, the consideration of whether the participation in, and regulation of, gambling on the reserve lands was an integral part of the distinctive cultures of the Shawanaga or Eagle Lake First Nations. The evidence presented at both the Pamajewon and Gardner trials does not demonstrate that gambling, or that the regulation of gambling, was an integral part of the distinctive cultures of the Shawanaga or Eagle Lake First Nations. In fact, the only evidence presented at either trial dealing with the question of the importance of gambling was that of James Morrison,

a une longue tradition d'organisation de jeux et d'événements sportifs publics, qui remonte à l'époque antérieure à l'arrivée des Européens». Par conséquent, tant l'activité organisée par les appellants et réglementée par leur bande indienne respective, que le texte de loi qu'ils contestent et la preuve historique sur laquelle ils s'appuient se rapportent à la tenue et à la réglementation de jeux de hasard. En conséquence, la façon la plus précise de caractériser la revendication des appelants est de dire qu'ils prétendent que le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités.

Les appelants eux-mêmes demandent à notre Cour de caractériser leur revendication de [TRANSDUCTION] «droit général de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves». Caractériser ainsi la revendication des appelants aurait pour effet d'assujettir l'examen de la Cour à un degré excessif de généralité. Les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l'autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l'histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit. Les facteurs énoncés dans *Van der Peet*, et appliqués plus tôt en l'espèce, permettent à la Cour d'examiner la revendication des appelants suivant le degré de spécificité approprié, ce que ne permettrait pas la caractérisation proposée par les appelants.

J'aborde maintenant le second volet du critère établi dans *Van der Peet*, soit l'examen visant à déterminer si la participation à des activités de jeux de hasard et la réglementation de telles activités sur les terres des réserves faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la première nation de Shawanaga ou de celle de la première nation de Eagle Lake. La preuve présentée aux procès de Pamajewon et de Gardner n'établit pas que les jeux de hasard ou la réglementation de telles activités faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la première nation de Shawanaga ou de celle de la première nation de Eagle

who testified at the Pamajewon trial with regards to the importance and prevalence of gaming in Ojibwa culture. While Mr. Morrison's evidence does demonstrate that the Ojibwa gambled, it does not demonstrate that gambling was of central significance to the Ojibwa people. Moreover, his evidence in no way addresses the extent to which this gambling was the subject of regulation by the Ojibwa community. His account is of informal gambling activities taking place on a small-scale; he does not describe large-scale activities, subject to community regulation, of the sort at issue in this appeal.

I would note that neither of the trial judges in these cases relied upon findings of fact regarding the importance of gambling to the Ojibwa; however, upon review of the evidence I find myself in agreement with the conclusion arrived at by Osborne J.A. when he said first, at p. 400, that there "is no evidence to support a conclusion that gambling generally or high stakes gambling of the sort in issue here, were part of the First Nations' historic cultures and traditions, or an aspect of their use of their land" and, second, at p. 400, that "there is no evidence that gambling on the reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal regulation". I also agree with the observation made by Flaherty Prov. Ct. J. in the Gardner trial when he said that

commercial lotteries such as bingo are a twentieth century phenomena and nothing of the kind existed amongst aboriginal peoples and was never part of the means by which those societies were traditionally sustained or socialized.

Given this evidentiary record, it is clear that the appellants have failed to demonstrate that the gambling activities in which they were engaged, and their respective bands' regulation of those

Lake. De fait, le seul élément de preuve présenté à ces procès en ce qui concerne l'importance des jeux de hasard a été le témoignage de James Morrison, au procès de Pamajewon, relativement à l'importance et à la popularité du jeu dans la culture ojibway. Bien que le témoignage de M. Morrison démontre effectivement que les Ojibways s'adonnaient à des jeux de hasard, il n'établit pas que ces jeux avaient une importance fondamentale pour ce peuple. Qui plus est, il n'est aucunement question dans son témoignage de la mesure dans laquelle ces jeux de hasard étaient réglementés par la collectivité ojibway. Le témoin a fait état d'activités de jeux informelles sur une petite échelle. Il n'a pas décrit d'activités menées sur grande échelle, réglementées par la collectivité et du genre de celles en cause dans le présent pourvoi.

Je ferais remarquer que ni l'un ni l'autre des juges qui ont entendu les procès en l'espèce ne se sont appuyés sur des conclusions de fait concernant l'importance des jeux de hasard pour les Ojibways. Toutefois, après examen de la preuve, je souscris à la conclusion tirée par le juge Osborne lorsqu'il a déclaré, premièrement, à la p. 400, qu'«aucun élément de preuve ne permet de conclure que les jeux de hasard en général et les jeux de hasard à gros enjeux comme ceux en cause ici faisaient partie de la culture et des traditions historiques des premières nations, ou qu'ils constituaient un aspect de l'utilisation qu'elles faisaient de leur territoire» et, deuxièmement, à la p. 400, qu'«il n'y a aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone». Je suis également en accord avec l'observation suivante, faite par le juge Flaherty de la Cour provinciale, dans le cadre du procès Gardner:

[TRADUCTION]... les loteries commerciales telles que les bingos sont des phénomènes du XX^e siècle, et rien de tel n'existait chez les peuples autochtones ni ne faisait partie des moyens traditionnels de socialisation et de subsistance de ces sociétés.

Compte tenu de la preuve au dossier, il est clair que les appelants n'ont pas réussi à démontrer que les activités de jeux de hasard auxquelles ils ont participé et la réglementation de ces activités par

activities, took place pursuant to an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

VI. Conclusion

31 These are my reasons for dismissing the appeal and for affirming the decision of the Court of Appeal upholding the trial judge's conviction of the various appellants for violating ss. 201 and 206 of the *Code*. There will be no order as to costs.

32 For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question: Are s. 201, s. 206 or s. 207 of the *Criminal Code*, separately or in combination, of no force or effect with respect to the appellants, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in the circumstances of these proceedings, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellants?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

33 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal, as well as the appeals considered 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, concern aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

34 The broad issue of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights was dealt with in the companion case of *Van der Peet*, *supra*. In this case, the particular question is whether the Shawanaga and Eagle Lake First Nations, of which the appellants are members, possess an existing aboriginal right to conduct and regulate high stakes gambling operations which take place on their reserves.

35 The Chief Justice has set out the facts and judgments and there is no need to restate them here. On

leur bande respective reposent sur un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VI. Conclusion

Voilà les motifs pour lesquels je rejette le pourvoi et confirme l'arrêt de la Cour d'appel maintenant les déclarations de culpabilité prononcées par les juges contre les divers appelants à leur procès pour violation des art. 201 et 206 du *Code*. Il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

Pour les motifs qui précèdent, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question: Dans les circonstances du présent pourvoi, les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont-ils inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par les appelants?

Réponse: Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi, ainsi que 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, entendus à la même époque, portent sur les droits ancestraux garantis par la Constitution au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La question générale de la nature et de l'étendue des droits ancestraux garantis par la Constitution est analysée dans l'arrêt connexe *R. c. Van der Peet*, précité. En l'espèce, la question particulière qui se pose est de savoir si les premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake, dont les appelants sont membres, possèdent un droit ancestral existant de conduire et de réglementer des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans leurs réserves.

Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et il n'est pas nécessaire de les reprendre.

July 6, 1995, he formulated the following constitutional question:

Are s. 201, s. 206 or s. 207 of the *Criminal Code*, separately or in combination, of no force or effect with respect to the appellants, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in the circumstances of these proceedings, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellants?

The Court is unanimously of the view that the above-noted question should be answered in the negative, and the appeal was dismissed from the bench. The Chief Justice has applied the test he set out in *Van der Peet, supra*, and finds as a result that the gambling activities, and the bands' regulation of those activities do not fall within the scope of the aboriginal rights protected under s. 35(1). I have come to the same conclusion as the Chief Justice; however, I do so by a different route.

The appellants have asserted that a broad authority exists in their bands to make decisions regarding natives' social, economic, and cultural well-being which includes regulating gambling activities. In their view, this authority is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

I agree with the Chief Justice that to characterize the claim in such a way is overly broad. I would not, however, as he has (at para. 26), characterize the nature of the claimed right as "the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands". In my view, the proper inquiry focuses broadly upon the activity itself and not on the specific manner in which it has been manifested. As well, the purpose for which the aboriginal activity in question is undertaken will often help characterize the right in question. Here, in order to assess the scope of the right properly we must characterize the claim broadly and determine whether, in this case, the Shawanaga First Nation, of which the appellants Jones and Pamajewon are members, and the Eagle Lake First Nation, of which the appellants Gardner, Pitchenese and Gardner are members,

Le 6 juillet 1995, il a formulé la question constitutionnelle suivante:

Dans les circonstances du présent pourvoi, les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont-ils inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par les appelants?

La Cour est à l'unanimité d'avis qu'il faut répondre par la négative à cette question, et le pourvoi a été rejeté à l'audience. Le Juge en chef a appliqué le test qu'il a énoncé dans *Van der Peet*, précité, et il a conclu que les activités de jeux de hasard et la réglementation de telles activités par les bandes ne sont pas visées par les droits ancestraux garantis au par. 35(1). J'arrive à la même conclusion que le Juge en chef, mais par un cheminement différent.

Les appelants ont fait valoir que les bandes auxquelles ils appartiennent ont un large pouvoir de prendre des décisions concernant le bien-être social, économique et culturel des autochtones, y compris le pouvoir de réglementer les activités de jeux de hasard. De l'avis des appelants, ce pouvoir est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'une telle caractérisation de la revendication est trop générale. Cependant, je ne caractériserais pas, comme il l'a fait (au par. 26), le droit revendiqué comme étant le «droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités». Selon moi, l'analyse doit porter de façon générale sur l'activité elle-même et non sur la façon particulière dont elle a été exercée. De même, la fin pour laquelle l'activité autochtone visée est exercée permet souvent de caractériser le droit revendiqué. En l'espèce, afin d'apprécier correctement la portée du droit, nous devons caractériser la revendication de façon générale, puis déterminer si, en l'occurrence, la première nation de Shawanaga, dont les appelants Jones et Pamajewon sont membres, et la première nation de Eagle Lake, dont les appelants

36

37

38

possess an existing aboriginal right to gamble. If such a right can be shown to exist it would oblige the government to justify the infringement upon that right by the *Criminal Code*, which essentially prohibits gambling.

39

In *Van der Peet*, I concluded at para. 180 that the definition of aboriginal rights should refer to the notion of the “integral part of a distinctive aboriginal culture” and set out the following guidelines:

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.]

Therefore, an inquiry is necessary to determine whether the right asserted by the natives here satisfies the criteria listed above.

40

In this regard, the Chief Justice has evaluated the evidence presented at both the Pamajewon and Gardner trials and concluded that it does not show that gambling ever played an important role in the cultures of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations. I agree. In my view, the appellants have failed to demonstrate that the gambling activities in which they were engaged took place pursuant to

Gardner, Pitchenese et Gardner sont membres, possèdent un droit ancestral existant de s'adonner aux jeux de hasard. Si l'existence d'un tel droit peut être établie, le gouvernement est alors tenu de justifier l'atteinte portée à ce droit par le *Code criminel*, qui interdit essentiellement les jeux de hasard.

Dans *Van der Peet*, précité, au par. 180, j'ai conclu que la définition des droits ancestraux doit tenir compte de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», et j'ai énoncé les lignes directrices suivantes:

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 est nécessaire de procéder à cette analyse afin de déterminer si le droit revendiqué par les autochtones en l'espèce satisfait aux critères susmentionnés.

À cet égard, le Juge en chef a apprécié la preuve présentée aux procès tenus dans les affaires Pamajewon et Gardner et il a conclu qu'elle n'établit pas que les jeux de hasard aient jamais joué un rôle important dans la culture de la première nation de Shawanaga et celle de la première nation de Eagle Lake. Je suis d'accord. À mon avis, les appelants n'ont pas démontré que les activités de jeux de

an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Based on the evidence adduced, it cannot be said that gambling as a practice is connected enough to the self-identity and self-preservation of the appellants' aboriginal societies to deserve the protection of s. 35(1).

The appellants have also asserted that s. 35(1) encompasses a broad right of self-government, and that this right includes the authority to regulate gambling activities on the reservation. Given the conclusion I have reached regarding gambling as a practice in these particular bands, it is unnecessary for me to even consider the question of self-government.

However, to the extent that it is necessary to deal with this issue, I merely refer to my reasons in *Van Der Peet, supra*, at para. 117, where I stated:

This brings me to the different type of lands on which aboriginal rights can exist, namely reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" [(1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727], at pp. 743-44. The common feature of these lands is that the Canadian Parliament and, to a certain extent, provincial legislatures have a general legislative authority over the activities of aboriginal people, which is the result of the British assertion of sovereignty over Canadian territory.

In addition, I am also in general agreement with the reasons of Osborne J.A. in the Court of Appeal (1994), 21 O.R. (3d) 385, at p. 400, where he states with respect to this case:

If the Shawanaga First Nation and Eagle Lake Band had some rights of self-government which existed in 1982 (I am prepared to assume that they did), the right of governance asserted must be viewed like other claimed aboriginal rights; it must be given an historic context. Here, there is no evidence that gambling on the reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal

hasard auxquelles ils se sont livrés se sont déroulées en vertu d'un droit ancestral reconnu et confirmé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu de la preuve présentée, il est impossible d'affirmer que les jeux de hasard, en tant que pratique, ont un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones auxquelles les appelants appartiennent pour justifier de reconnaître à ces activités la protection du par. 35(1).

Les appelants ont également prétendu que le par. 35(1) confère un droit général à l'autonomie gouvernementale et que ce droit inclut celui de réglementer les activités de jeux de hasard dans la réserve. Vu la conclusion que je tire concernant les jeux de hasard en tant que pratique au sein des bandes indiennes en cause, il n'est pas nécessaire que j'examine même la question de l'autonomie gouvernementale.

Toutefois, dans la mesure où il serait nécessaire que je me penche sur cette question, je renvoie tout simplement à mes motifs dans *Van der Peet, précité*, où j'ai déclaré ceci, au par. 117:

Cela m'amène aux différents types de terres auxquelles peuvent se rattacher des droits ancestraux: les terres des réserves, les terres visées par un titre aborigène et les terres visées par un droit ancestral: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» [(1987), 66 *R. du B. can.* 727], aux pp. 743 et 744. Ces terres ont en commun le fait que le législateur fédéral et, dans une certaine mesure, les assemblées législatives provinciales possèdent un pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones, pouvoir qui découle de l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire canadien.

De plus, je souscris de façon générale aux motifs du juge Osborne de la Cour d'appel (1994), 21 O.R. (3d) 385, à la p. 400, lorsqu'il dit ce qui suit relativement à la présente affaire:

[TRADUCTION] Si la première nation de Shawanaga et la bande de Eagle Lake avaient certains droits en matière d'autonomie gouvernementale qui existaient en 1982 (ce que je suis disposé à tenir pour acquis), le droit d'administration invoqué doit être considéré comme tout autre droit ancestral revendiqué; il faut le situer dans son contexte historique. Il n'y a aucune preuve que les jeux de

41

42

43

regulation. Moreover, there is no evidence of an historic involvement in anything resembling the high stakes gambling in issue in these cases.

hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone. Qui plus est, il n'y a aucune preuve d'une quelconque participation historique à quoi que ce soit d'analogue aux jeux de hasard à gros enjeux en cause dans les présents cas.

44 Accordingly, I would dispose of this appeal and answer the constitutional question in the manner proposed by the Chief Justice.

En conséquence, je trancherais le présent pourvoi et répondrais à la question constitutionnelle de la manière proposée par le Juge en chef.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

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

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

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

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

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

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller & Pearlman, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller & Pearlman, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

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

Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Assembly of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.

Solicitor for the interveners the Federation of Saskatchewan Indian Nations and White Bear First Nations: Mary Ellen Turpel-Lafond, Saskatoon.

Procureur des intervenantes la Federation of Saskatchewan Indian Nations et les premières nations de White Bear: Mary Ellen Turpel-Lafond, Saskatoon.

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

S.P. Appellant

v.

M.R. Respondent

INDEXED AS: P. (S.) v. R. (M.)

File No.: 24251.

1995: November 3; 1996: August 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Compensatory allowance — Separation — Wife performing administrative and secretarial work for husband's business while taking care of children — Two properties purchased by husband registered in wife's name — Principles to be considered in deciding whether compensatory allowance should be awarded to wife or husband — Approach to be taken in considering facts — Whether Court of Appeal's intervention in trial judge's decision justified.

The parties were married in 1969 under the regime of separation of property. The appellant left her job after the marriage and raised two children. She worked without remuneration in the respondent's first business. In 1971, when that business went bankrupt, the family moved to Antigua. The appellant worked for the respondent's import/export business from 1974 to 1983, performing administrative and secretarial duties up to five hours a day and at times seven days a week, all without remuneration. When the respondent was away on business trips, the appellant often stayed at home to continue the day-to-day operations of the business. She was also responsible for entertaining clients and suppliers. During their marriage, the respondent acquired properties, including one in Antigua and one in Montreal which were registered in the name of the appellant as the sole owner. Proceedings for separation from bed and board were instituted in 1988. Both parties requested a compensatory allowance under art. 462.14 C.C.Q. — the appellant for her contributions in services to the enrichment of the respondent's patrimony, and the respondent for his contribution to the Montreal property. The respondent also instituted proceedings in Antigua for a declaration that he was sole beneficial owner of the

S.P. Appelante

c.

M.R. Intimé

RÉPERTORIÉ: P. (S.) c. R. (M.)

N° du greffe: 24251.

1995: 3 novembre; 1996: 22 août.

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 de la famille — Prestation compensatoire — Séparation — Épouse exécutant des tâches d'administration et de secrétariat pour l'entreprise du mari tout en s'occupant des enfants — Deux propriétés achetées par le mari et enregistrées au nom de l'épouse — Principes dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une prestation compensatoire à l'épouse ou au mari — Méthode qu'il faut adopter pour examiner les faits — L'intervention de la Cour d'appel dans la décision du juge de première instance était-elle justifiée?

Les parties se sont mariées en 1969 sous le régime de la séparation de biens. L'appelante a quitté son emploi après le mariage et a élevé deux enfants. Elle a travaillé sans rémunération dans la première entreprise de l'intimé. En 1971, lors de la faillite de cette entreprise, la famille a déménagé à Antigua. L'appelante a travaillé pour l'entreprise d'import-export de l'intimé de 1974 à 1983, exécutant à titre gratuit des tâches d'administration et de secrétariat pendant jusqu'à cinq heures par jour et parfois jusqu'à sept jours par semaine. Lorsque l'intimé était en voyage d'affaires, l'appelante restait souvent à la maison pour s'occuper des activités quotidiennes de l'entreprise. Elle était également chargée de recevoir les clients et les fournisseurs. Durant leur mariage, l'intimé a acquis des propriétés, dont une à Antigua et une à Montréal qui ont été enregistrées au nom de l'appelante à titre de propriétaire unique. Des procédures de séparation de corps ont été engagées en 1988. Les deux parties ont demandé une prestation compensatoire en vertu de l'art. 462.14 C.c.Q. — l'appelante, pour ses apports en services à l'enrichissement du patrimoine de l'intimé, et ce dernier, pour son apport à l'immeuble de Montréal. L'intimé a également engagé des procédures à Antigua en vue d'obtenir un jugement

Antigua residence. At the time of the Superior Court judgment, the appellant was 56 years old and the respondent was 59. The appellant was not employed but was earning rental income from the Antigua property; her total savings and assets were about \$35,000 U.S., in addition to the properties in Montreal and in Antigua. The respondent in his testimony admitted to a net worth of at least \$1,525,000 U.S. The trial judge awarded the appellant a compensatory allowance of \$150,000 and dismissed the respondent's claim because art. 462.14 C.C.Q. was not intended to include that which was the object of a deliberate contract between spouses. The trial judge found that the appellant had not yet reached financial autonomy and set the alimentary allowance at \$2,625 per month, to be reduced to \$1,500 per month after the compensatory allowance had been paid in full. The trial judge did not take into account the rental income which the appellant was receiving from the Antigua property because of the proceedings instituted by the respondent in that jurisdiction, but reserved the respondent's right to ask for a variation order if that decision were to be rendered in favour of the appellant. After the Superior Court judgment, an Antigua court dismissed the respondent's action and upheld the appellant's ownership of the Antigua property valued at \$270,000 in 1989. The Court of Appeal ruled that the Antigua judgment and the appellant's statements in the Antigua proceedings to the effect that the property had been given to her as compensation for her work constituted new evidence justifying its intervention. The Court of Appeal held that the confirmation of the appellant's ownership of the Antigua property constituted payment of the compensatory allowance awarded by the trial judge, and thus restored the amount of the alimentary support at \$1,500 per month instead of \$2,625. The court also awarded a compensatory allowance of \$100,000 to the respondent for his contribution to the Montreal property, finding that the simple fact of putting this property in the appellant's name did not reveal any intention by the parties to benefit the appellant with the ownership of this property. This appeal involves the application of the principles set out by this Court in *Lacroix and M. (M.E.)* to the circumstances of this case.

Held: The appeal should be allowed.

The approach which the courts should take in assessing the constituent elements needed to establish a com-

le déclarant unique propriétaire bénéficiaire de la résidence d'Antigua. À l'époque du jugement de la Cour supérieure, l'appelante et l'intimé étaient âgés de 56 ans et 59 ans respectivement. L'appelante était sans emploi, mais elle tirait un revenu de location de l'immeuble d'Antigua; le montant total de ses économies et de ses biens s'élevait à environ 35 000 \$ US, en plus des propriétés situées à Montréal et à Antigua. Dans son témoignage, l'intimé a admis posséder des avoirs nets d'au moins 1 525 000 \$ US. Le juge de première instance a accordé à l'appelante une prestation compensatoire de 150 000 \$ et a rejeté la demande de l'intimé pour le motif que l'art. 462.14 C.c.Q. n'était pas destiné à comprendre ce qui faisait l'objet d'un contrat délibéré entre époux. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait pas encore atteint l'autonomie financière et a fixé l'allocation alimentaire à 2 625 \$ par mois, laquelle serait ramenée à 1 500 \$ par mois, une fois la prestation compensatoire payée au complet. Le juge de première instance n'a pas tenu compte du revenu de location que l'appelante tirait de l'immeuble d'Antigua, à cause des procédures engagées par l'intimé dans ce pays, mais il a réservé à l'intimé le droit de demander une ordonnance de modification de la pension alimentaire dans l'éventualité où cette décision serait rendue en faveur de l'appelante. Après que la Cour supérieure eut rendu jugement, un tribunal d'Antigua a rejeté l'action de l'intimé et confirmé le droit de propriété de l'appelante sur l'immeuble d'Antigua évalué à 270 000 \$ en 1989. La Cour d'appel a décidé que le jugement d'Antigua et les déclarations faites par l'appelante dans le cadre des procédures engagées à Antigua, selon lesquelles l'immeuble lui avait été donné en compensation de son travail, constituaient de nouveaux éléments de preuve justifiant son intervention. La Cour d'appel a conclu que la confirmation du droit de propriété de l'appelante sur l'immeuble d'Antigua constituait le versement de la prestation compensatoire accordée par le juge de première instance, et a alors rétabli le montant de la pension alimentaire à 1 500 \$ par mois au lieu de 2 625 \$ par mois. Cette cour a également accordé à l'intimé une prestation compensatoire de 100 000 \$ pour son apport à l'immeuble de Montréal, concluant que le simple fait de mettre cet immeuble au nom de l'appelante ne traduisait aucune intention, de la part des parties, de lui en transmettre la propriété. Il est question ici de l'application des principes énoncés par notre Cour dans les arrêts *Lacroix* et *M. (M.E.)* aux circonstances de la présente affaire.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La méthode que les tribunaux devraient adopter pour évaluer les éléments nécessaires pour établir une presta-

pensatory allowance must be overall, flexible and generous. Here, the trial judge, to some extent, and the Court of Appeal have failed, at least overtly, to take the overall circumstances into account in determining each of the separate amounts. The Court of Appeal especially appears to have come to a determination of how the parties should fare in the division of property upon separation in a piecemeal fashion.

The trial judge's mere finding that the parties intended to transfer the property to the appellant was not sufficient justification to refuse to grant a compensatory allowance to the respondent. Where there is an agreement between spouses to transfer property, the court must look to the underlying intention of the spouses to determine whether there is a justification or cause for the transfer of property from one spouse to the other. If the court can find such an intention to benefit the receiving spouse, then the contributing spouse will not have the right to claim a compensatory allowance for his contributions to the enrichment of the other spouse's patrimony. In determining the intention of the parties in transferring property between spouses, the trial judge must examine the lifestyle of the parties during their marriage and the choices they made to arrange their matrimonial relationship. The following considerations are relevant: who was earning money outside the home, who made capital payments to the house and mortgage, who looked after the children, and whether one of the spouses quit a career to focus on home and family responsibilities. The Court of Appeal was justified in intervening in the trial judgment on the basis that the trial judge erred in law in his stated reasons for refusing the respondent's claim for a compensatory allowance but erred in concluding that he was entitled to such an allowance. The evidence on record indicates that the parties had arranged their finances and divided their responsibilities within the marriage in such a way that putting this property in the appellant's name was intended for her benefit. On a proper examination of all the circumstances of the marriage and of this specific property transaction, the trial judge was correct in refusing to award a compensatory allowance to the respondent.

The Court of Appeal erred in considering that the Antigua judgment declaring the appellant the owner of the Antigua property constituted significant new evidence, and also constituted payment of the compensatory allowance awarded by the trial judge. The fact that

tion compensatoire doit être globale, souple et libérale. En l'espèce, le juge de première instance, jusqu'à un certain point, et la Cour d'appel n'ont pas tenu compte, du moins ouvertement, de la situation globale pour fixer chacun des divers montants. La Cour d'appel semble tout particulièrement avoir procédé de façon fragmentaire pour en arriver à une décision sur la façon dont les parties devraient se partager les biens lors d'une séparation.

La simple conclusion du juge de première instance que les parties avaient voulu transférer l'immeuble à l'appelante ne constituait pas une justification suffisante pour refuser d'accorder une prestation compensatoire à l'intimé. Lorsqu'il existe une convention entre les époux en vue de transférer un bien, le tribunal doit examiner l'intention sous-jacente des époux pour déterminer s'il existe une justification ou une cause relativement au transfert du bien d'un époux à l'autre. Si le tribunal peut conclure à l'existence d'une telle intention d'avantager l'époux bénéficiaire, l'époux qui a contribué n'aura pas le droit de demander une prestation compensatoire pour ses apports à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint. Pour déterminer l'intention que les parties avaient en effectuant un transfert de biens entre époux, le juge de première instance doit examiner le mode de vie des parties durant leur mariage et les choix qu'elles ont faits pour organiser leur vie matrimoniale. Les facteurs suivants sont pertinents: qui gagnait l'argent à l'extérieur du foyer, qui effectuait les paiements de la maison et de l'hypothèque, qui s'occupait des enfants, est-ce que l'un des époux a abandonné sa carrière pour assumer les responsabilités de la maison et de la famille? La Cour d'appel était justifiée d'intervenir dans le jugement de première instance pour le motif que le juge de première instance avait commis une erreur de droit dans les raisons qu'il a exposées pour refuser une prestation compensatoire à l'intimé, mais elle a commis une erreur en concluant qu'il avait droit à une telle prestation. La preuve versée au dossier indique que les parties avaient organisé leurs finances et partagé leurs responsabilités dans le cadre du mariage de telle sorte que l'enregistrement de cet immeuble au nom de l'appelante visait à l'avantager. Si on examine bien toutes les circonstances du mariage et de cette opération immobilière précise, on constate que le juge de première instance a eu raison de refuser d'accorder une prestation compensatoire à l'intimé.

La Cour d'appel a commis une erreur en considérant que le jugement d'Antigua déclarant l'appelante propriétaire de l'immeuble d'Antigua constituait un nouvel élément de preuve important, et qu'il constituait également le versement de la prestation compensatoire accor-

the ownership of the Antigua property was being contested before an Antigua court was known to the trial judge. The logical reading of his judgment is that he assessed the amount of compensatory allowance to be awarded the appellant on the understanding that the respondent had given her the Antigua property as partial compensation for the contribution of her services toward his business endeavours. There was sufficient evidence before the trial judge to allow him to come to that conclusion. The appellant's testimony in this regard was not contradicted by the respondent and both parties indicated that the property represented an investment which provided some level of security and independence for the appellant. There was also enough indication in the record, such as the cost and rental income of the Antigua property, to allow the trial judge to make an assessment of the value of that property in the patrimony of the appellant, in order to establish a proper compensatory allowance.

To make a correct assessment of an amount for a compensatory allowance for the appellant, it would be necessary to know the extent of the respondent's patrimony and to know to what extent the contributions of the appellant benefited the respondent. The respondent, however, was vague and uncooperative in his evidence as to the earnings of his company and as to the extent and the nature of his own assets. In light of the uncertainty which this file presented, the trial judge surely made the best assessment he could in determining what compensation should be awarded to the appellant. In reviewing the trial judge's decision, an appellate court must accord a considerable degree of deference to the discretion of the trial judge, and consider what might represent a reasonable range for a compensatory allowance, keeping in mind that any court addressing this question must approach the assessment flexibly, generously, and with regard to the overall situation of the parties. Here, the trial judge did not err egregiously in exercising his discretion in awarding the appellant a compensatory allowance of \$150,000. The Court of Appeal therefore was not justified in intervening in the trial judge's decision.

Cases Cited

Applied: *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259; *Droit de la famille — 866*, [1990] R.J.Q. 1833.

dée par le juge de première instance. Ce dernier savait que la propriété de l'immeuble d'Antigua était contestée devant un tribunal d'Antigua. L'interprétation logique de son jugement veut qu'il ait évalué le montant de la prestation compensatoire à accorder à l'appelante en acceptant que l'intimé lui avait donné l'immeuble d'Antigua en compensation partielle de l'apport en services qu'elle avait fourni à ses entreprises commerciales. Le juge de première instance disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir tirer cette conclusion. Le témoignage de l'appelante à cet égard n'a pas été contredit par l'intimé et les deux parties ont indiqué que l'immeuble représentait un investissement procurant une certaine sécurité et une certaine indépendance à l'appelante. Le dossier contenait aussi suffisamment d'indices, comme le coût de l'immeuble d'Antigua et le revenu de location qu'il générerait, pour permettre au juge de première instance d'établir la valeur de cet immeuble dans le patrimoine de l'appelante, de manière à fixer une prestation compensatoire appropriée.

Pour bien évaluer le montant de la prestation compensatoire à verser à l'appelante, il faudrait connaître l'importance du patrimoine de l'intimé et savoir dans quelle mesure les apports de l'appelante l'ont avantage. L'intimé est toutefois demeuré évasif et peu coopératif dans son témoignage sur les profits de sa compagnie et sur l'importance et la nature de ses avoirs propres. Compte tenu de l'incertitude qui caractérisait le présent dossier, le juge de première instance a sûrement procédé à la meilleure évaluation possible pour déterminer quelle compensation devrait être accordée à l'appelante. Un tribunal d'appel doit, en contrôlant la décision du juge de première instance, avoir beaucoup de déférence pour le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance et examiner ce qui pourrait représenter une fourchette raisonnable pour une prestation compensatoire, sans oublier que tout tribunal saisi de cette question doit aborder l'évaluation de manière souple et libérale et tenir compte de la situation globale des parties. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur marquée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en accordant à l'appelante une prestation compensatoire de 150 000 \$. La Cour d'appel n'était donc pas justifiée d'intervenir dans la décision du juge de première instance.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259; *Droit de la famille — 866*, [1990] R.J.Q. 1833.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 3; am. 1989, c. 55, s. 8], art. 462.14, 462.15, 462.17.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 427, 428, 430.

Authors Cited

Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.D.F. 421 (*sub nom. Droit de la famille — 1947*), allowing in part the respondent's appeal from a judgment of the Superior Court, [1991] R.D.F. 648. Appeal allowed.

Miriam Grassby and Sylvie Leduc, for the appellant.

Daniel St-Pierre, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I — Introduction

¹ This appeal concerns primarily the application of the proper principles in determining whether a compensatory allowance should be awarded in cases of separation or divorce, and what the amount of this compensatory allowance should be. Two recent decisions from this Court, *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259, and *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183, have set out the principles to be considered in determining the amount of a compensatory allowance to be awarded. This appeal involves applying the principles from those two decisions to the circumstances of the present case.

² The facts of this case are as follows. The parties were married in 1969 under the regime of separation of property by virtue of a marriage contract. The appellant left her job after the marriage, and raised two children. After the failure of the first business partly owned by the respondent, in which he lost all of his savings, the family moved to

Lois et règlements cités

Code civil du Québec [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 3; mod. 1989, ch. 55, art. 8], art. 462.14, 462.15, 462.17.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 427, 428, 430.

Doctrine citée

Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.D.F. 421 (*sub nom. Droit de la famille — 1947*), qui a accueilli en partie l'appel de l'intimé contre un jugement de la Cour supérieure, [1991] R.D.F. 648. Pourvoi accueilli.

Miriam Grassby et Sylvie Leduc, pour l'appelante.

Daniel St-Pierre, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I — Introduction

Le présent pourvoi porte principalement sur les principes qu'il convient d'appliquer pour déterminer si une prestation compensatoire doit être accordée en cas de séparation ou de divorce, et quel doit en être le montant. Deux arrêts récents de notre Cour, *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, et *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, ont énoncé les principes dont il faut tenir compte pour établir le montant d'une prestation compensatoire. Il est question ici de l'application des principes découlant de ces deux arrêts aux circonstances de la présente affaire.

Les faits sont les suivants. Les parties se sont mariées en 1969 sous le régime de la séparation de biens en vertu d'un contrat de mariage. L'appelante a quitté son emploi après le mariage et a élevé deux enfants. Après la faillite de la première entreprise appartenant en partie à l'intimé, lors de laquelle il a perdu toutes ses économies, la famille

Antigua and lived there from 1971 to 1981. The appellant then returned to Montreal with her two children. The respondent, however, despite the family's return to Montreal in 1981, has retained the status of non-resident for tax purposes in this country.

The appellant worked without remuneration in the respondent's first business from 1969 to 1971, and again without remuneration in his second business based in Antigua from 1974 to 1983, under the title of "export manager". This was an import/export business which consisted of locating products and suppliers, and arranging for the shipment of these products to clients in the Caribbean. Much of the day-to-day business was managed over the telephone from the parties' home in Antigua, and then in Montreal after 1981. The respondent travelled frequently to locate products and suppliers around the world in order to expand the business's operations. The appellant sometimes accompanied the respondent during these trips, but more often stayed at home, taking and processing telephone orders and arranging for the shipment of products. Until the fall of 1983, the respondent and the appellant were solely responsible for the operations of the business; at that time, the respondent moved the daily operations of his business in with another company located in Montreal, whose services he employed for some of the administrative work of his business.

During their marriage, the parties acquired several pieces of property. In Antigua, the respondent acquired three separate properties which were registered in his name, and one property in the name of the appellant in 1981, on which was built a house which now provides rental income. The parties also acquired a property in Montreal at Habitat '67, which they had rented since 1969 and purchased in 1986. This was their common domicile for the years they were living together in Montreal. For these two latter pieces of property, the respondent provided the money for the down payment although the properties were registered in the name of the appellant as the sole owner.

a déménagé à Antigua et y a vécu de 1971 à 1981. L'appelante est ensuite retournée à Montréal avec ses deux enfants. Cependant, malgré le retour de sa famille à Montréal en 1981, l'intimé a, pour des fins fiscales, conservé le statut de non-résident du Canada.

L'appelante a travaillé sans rémunération dans la première entreprise de l'intimé de 1969 à 1971, et de nouveau, à titre de «directrice des exportations» non rémunérée, dans sa deuxième entreprise qui avait son siège à Antigua, de 1974 à 1983. C'était une entreprise d'import-export qui consistait à rechercher des produits et des fournisseurs et à organiser l'expédition de ces produits à des clients des Caraïbes. Une bonne partie des activités quotidiennes de l'entreprise s'exerçait par téléphone depuis la résidence des parties à Antigua et ensuite à Montréal, après 1981. L'intimé voyageait fréquemment autour du monde à la recherche de produits et de fournisseurs dans le but d'étendre les activités de l'entreprise. L'appelante accompagnait parfois l'intimé durant ces voyages, mais elle restait le plus souvent à la maison pour prendre et traiter les commandes téléphoniques, et organiser l'expédition des produits. Jusqu'à l'automne 1983, l'intimé et l'appelante s'occupaient seuls des activités de l'entreprise; à cette époque, il a transféré les activités quotidiennes de l'entreprise à une autre compagnie située à Montréal, dont il retenait les services pour certaines tâches administratives de son entreprise.

Durant leur mariage, les parties ont acquis plusieurs terrains. À Antigua, l'intimé a acquis trois terrains qui ont été enregistrés à son nom, de même qu'un autre au nom de l'appelante en 1981, sur lequel a été construite une maison qui génère maintenant un revenu de location. En 1986, les parties ont également acheté à Habitat 67, à Montréal, un appartement qu'elles louaient depuis 1969. C'était leur domicile commun pendant les années où elles vivaient ensemble à Montréal. Dans le cas de ces deux dernières propriétés, l'intimé a fourni l'argent nécessaire au versement initial bien qu'elles aient été enregistrées au nom de l'appelante à titre de propriétaire unique.

5 Proceedings for separation from bed and board were instituted in 1988. As part of these proceedings, the appellant requested a compensatory allowance under the authority of art. 462.14 of the *Civil Code of Québec* (now art. 427) for her contributions in services to the enrichment of the patrimony of the respondent. The respondent requested in turn a compensatory allowance for his contribution to the Montreal property which was registered in the name of the appellant. The Superior Court judgment was rendered on October 22, 1991, finding in favour of the appellant, and the respondent appealed this judgment to the Quebec Court of Appeal. In 1988, the respondent had also instituted proceedings in the High Court of Justice of Antigua for a declaration that he was sole beneficial owner of the Antigua residence. Judgment was rendered by the High Court on May 6, 1992, dismissing the respondent's action and upholding the appellant's ownership of the property. The respondent presented the Antigua judgment as new evidence before the Court of Appeal. The Court of Appeal judgment, finding in favour of the respondent, was rendered on June 2, 1994.

6 At the time of the Superior Court judgment, the appellant was 56 years of age, and the respondent was 59 years of age. The respondent in his testimony admitted to owning a bond and equity portfolio as well as some land having a total market value of \$1,525,000 U.S. This sum represented his net worth as he had no liabilities. The appellant was not employed but was earning rental income from the Antigua property; her total savings and assets were about \$35,000 U.S., in addition to the properties in Montreal and in Antigua.

II — Judgments Below

Superior Court, [1991] R.D.F. 648

7 Boudreault J. first examined the appellant's request for a compensatory allowance based on her contributions to the enrichment of the respondent's patrimony as a result of the help she gave him in the pursuit of his business endeavours. The trial judge expressed great reservations as to the respondent's credibility, and accepted the appel-

Des procédures de séparation de corps ont été engagées en 1988. Dans le cadre de ces procédures, l'appelante a demandé une prestation compensatoire en vertu de l'art. 462.14 du *Code civil du Québec* (maintenant l'art. 427) pour ses apports en services à l'enrichissement du patrimoine de l'intimé. Ce dernier a demandé à son tour une prestation compensatoire pour son apport à l'immeuble de Montréal qui était enregistré au nom de l'appelante. La Cour supérieure a rendu jugement en faveur de l'appelante le 22 octobre 1991, et l'intimé en a appelé de ce jugement devant la Cour d'appel du Québec. En 1988, l'intimé avait également engagé des procédures devant la Haute Cour de justice d'Antigua en vue d'obtenir un jugement le déclarant unique propriétaire bénéficiaire de la résidence d'Antigua. Dans un jugement rendu le 6 mai 1992, la Haute Cour a rejeté l'action de l'intimé et confirmé le droit de propriété de l'appelante sur l'immeuble. L'intimé a présenté le jugement d'Antigua en tant que nouvel élément de preuve devant la Cour d'appel. Cette dernière a rendu jugement en faveur de l'intimé le 2 juin 1994.

À l'époque du jugement de la Cour supérieure, l'appelante et l'intimé étaient âgés de 56 ans et 59 ans respectivement. Dans son témoignage, l'intimé a admis posséder un portefeuille d'obligations et d'actions ainsi que des biens-fonds ayant une valeur marchande totale de 1 525 000 \$ US. Cette somme représentait ses avoirs nets, car il n'avait aucune dette. L'appelante était sans emploi, mais elle tirait un revenu de location de l'immeuble d'Antigua; le montant total de ses économies et de ses biens s'élevait à environ 35 000 \$ US, en plus des propriétés situées à Montréal et à Antigua.

II — Les juridictions inférieures

La Cour supérieure, [1991] R.D.F. 648

Le juge Boudreault a d'abord examiné la demande présentée par l'appelante en vue d'obtenir une prestation compensatoire pour ses apports à l'enrichissement du patrimoine de l'intimé, résultant de l'aide qu'elle lui avait fournie dans ses entreprises commerciales. Le juge de première instance a exprimé de sérieuses réserves quant à la

lant's testimony wherever it was at variance with that of the respondent. He did not believe the respondent's explanation as to how his assets were accumulated, and found that the appellant was entitled to a compensatory allowance of \$150,000 "considering the value of the senior clerk *cum* executive secretary's services which she supplied to his company during the relevant years and the accruing benefits from that money being judiciously invested by [the respondent] year after year" (p. 651).

With respect to the respondent's cross-demand for a compensatory allowance representing the value of his rights in the Montreal common domicile, the trial judge said that the expression "contribution . . . to the enrichment of the patrimony" in art. 462.14 *C.C.Q.* was not intended to include that which was the object of a deliberate contract between spouses. Even though neither party stated that the respondent intended to make a gift to the appellant of the down payment for the Montreal property, Boudreault J. said that "when one voluntarily and deliberately turns over to another \$26,000, a contractual situation of some sort must somehow exist" (p. 652). Thus, there was no reason to award the respondent a compensatory allowance for his interest in the Montreal property, which he gave by way of contract to the appellant.

With respect to the appellant's request for maintenance and alimentary support, Boudreault J. found that she had not yet reached financial autonomy and that the respondent had the means to support her in a manner similar to their former standard of living. The trial judge set the alimentary allowance at \$2,625 per month, to be reduced to \$1,500 per month after the compensatory allowance had been paid in full. The trial judge did not take into account the rental income which the appellant was receiving from the Antigua property because of the proceedings instituted by the respondent in that jurisdiction. If that decision were to be ultimately rendered in favour of the

crédibilité de l'intimé et a accepté le témoignage de l'appelante chaque fois qu'il différait de celui de l'intimé. Il n'a pas ajouté foi à l'explication de l'intimé concernant la façon dont il avait accumulé ses biens et il a conclu que l'appelante avait droit à une prestation compensatoire de 150 000 \$ [TRANSDUCTION] «compte tenu de la valeur des services de commis principal et de secrétaire administrative qu'elle a fournis à la compagnie de l'intimé durant les années en cause, et des bénéfices tirés de cet argent qu'il a investi judicieusement année après année» (p. 651).

En ce qui concerne la demande reconventionnelle présentée par l'intimé en vue d'obtenir une prestation compensatoire représentant la valeur de ses droits sur le domicile commun de Montréal, le juge de première instance a dit que l'expression «apport [. . .] à l'enrichissement du patrimoine» utilisée à l'art. 462.14 *C.c.Q.* n'était pas destinée à comprendre ce qui faisait l'objet d'un contrat délibéré entre époux. Même si ni l'une ni l'autre partie n'a affirmé que l'intimé avait voulu faire cadeau à l'appelante du versement initial pour l'immeuble de Montréal, le juge Boudreault a dit que [TRANSDUCTION] «lorsqu'une personne remet volontairement et délibérément à une autre personne une somme de 26 000 \$, il doit exister d'une manière ou d'une autre un genre de situation contractuelle» (p. 652). Donc, il n'y avait aucune raison d'accorder à l'intimé une prestation compensatoire pour le droit sur l'immeuble de Montréal, qu'il a cédé par contrat à l'appelante.

Pour ce qui est de la demande de pension alimentaire présentée par l'appelante, le juge Boudreault a conclu que celle-ci n'avait pas encore atteint l'autonomie financière et que l'intimé avait les moyens de lui procurer un niveau de vie comparable à celui qu'ils avaient connu. Le juge de première instance a fixé l'allocation alimentaire à 2 625 \$ par mois, laquelle serait ramenée à 1 500 \$ par mois, une fois la prestation compensatoire payée au complet. Le juge de première instance n'a pas tenu compte du revenu de location que l'appelante tirait de l'immeuble d'Antigua, à cause des procédures engagées par l'intimé dans ce pays. Dans l'éventualité où cette décision serait rendue

appellant, the trial judge expressly reserved the right of the respondent to ask for a variation order to reflect the rental income received by the appellant in her support payments. The trial judge felt that the circumstances in this case indicated that the burden of requesting a variation of the support order should rest with the respondent.

10 And finally, Boudreault J. denied the appellant's request for a lump sum payment, considering the evidence and the fairly large capital which the appellant would receive in the form of a compensatory allowance. He did, however, order the respondent to furnish security in the amount of \$50,000 in order to guarantee the payment of the alimentary support.

Court of Appeal, [1994] R.D.F. 421

11 Proulx J.A. refused to interfere in the trial judge's discretion to grant a compensatory allowance to the appellant in the amount of \$150,000. However, he ruled that the Antigua judgment which was handed down after the decision of Boudreault J., and the appellant's statements in the Antigua proceedings to the effect that the property had been given to her as compensation for her work, constituted new evidence justifying the intervention of the Court of Appeal. He also held that the confirmation by the Antigua High Court of Justice of the appellant's rights to the Antigua property constituted payment of the compensatory allowance awarded by the trial judge, since the Antigua property, valued at \$270,000 in 1989, covered the amount of the compensatory allowance awarded.

12 With respect to the amount of alimentary support awarded by the trial judge, Proulx J.A. held that there was no reason to interfere with the amount awarded, and restored the amount at \$1,500 per month instead of \$2,625 per month, considering that the payment of the compensatory allowance had been satisfied in full by the Antigua judgment confirming the appellant's ownership of the Antigua property. Proulx J.A. ordered the ret-

en faveur de l'appelante, le juge de première instance a réservé expressément à l'intimé le droit de demander une ordonnance de modification de la pension alimentaire de manière à refléter le revenu de location perçu par l'appelante. Le juge de première instance a estimé que, dans les circonstances de la présente affaire, il devrait incomber à l'intimé de demander la modification de l'ordonnance alimentaire.

Enfin, le juge Boudreault a rejeté la demande de paiement d'une somme forfaitaire présentée par l'appelante, en raison de la preuve produite et de la somme assez importante qu'elle toucherait sous forme de prestation compensatoire. Il a toutefois ordonné à l'intimé de fournir un cautionnement de 50 000 \$ pour le paiement de la pension alimentaire.

La Cour d'appel, [1994] R.D.F. 421

Le juge Proulx a refusé de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'accorder à l'appelante une prestation compensatoire de 150 000 \$. Cependant, il a décidé que le jugement rendu à Antigua après la décision du juge Boudreault et les déclarations faites par l'appelante dans le cadre des procédures engagées à Antigua, selon lesquelles l'immeuble lui avait été donné en compensation de son travail, constituaient de nouveaux éléments de preuve justifiant l'intervention de la Cour d'appel. Il a également conclu que la confirmation par la Haute Cour de justice d'Antigua des droits de l'appelante sur l'immeuble d'Antigua constituait le versement de la prestation compensatoire accordée par le juge de première instance, puisque cet immeuble, évalué à 270 000 \$ en 1989, était suffisant pour couvrir le montant de la prestation compensatoire accordée.

Quant au montant de la pension alimentaire accordée par le juge de première instance, le juge Proulx a conclu qu'il n'y avait aucune raison de modifier le montant accordé et il l'a rétabli à 1 500 \$ par mois au lieu de 2 625 \$ par mois, étant donné que le paiement de la prestation compensatoire avait été réalisé au complet par le jugement d'Antigua qui confirmait le droit de propriété de l'appelante sur l'immeuble d'Antigua. Le juge

roactive reimbursement of the overpayment of support for the previous two years, from the time of the Antigua judgment to the date of the Court of Appeal judgment. Proulx J.A. did not make reference to the rental income which the appellant was receiving from the Antigua property.

And finally, Proulx J.A. was of the view that the trial judge erred in refusing to award a compensatory allowance to the respondent for the contribution he made toward the Montreal property. The simple fact of putting this property in the name of the appellant did not reveal any intention by the parties to benefit the appellant with the ownership of this property, and the respondent should be compensated for his contribution. Since he made a down payment equal to about 50 percent of the purchase price of the property, he should be entitled to a similar proportion of the present value of the same property. Therefore, Proulx J.A. held that the respondent was entitled to a compensatory allowance of \$100,000 to be paid by the appellant.

On this last point, McCarthy J.A. wrote a brief concurring opinion indicating that this Court's decision in *M. (M.E.)*, *supra*, which was handed down after the trial judgment in the case at bar, mandated a trial judge to examine the intention of the parties in determining whether putting a particular property in the name of one spouse was meant to benefit that spouse with the ownership of the property. If this is done solely with the intention of putting the property beyond the reach of the creditors of the spouse who paid for the property, then the contributing spouse has the right to claim a compensatory allowance for his contribution toward the property. McCarthy J.A. agreed with Proulx J.A. that the evidence in this case indicated that such a compensatory allowance should be awarded to the respondent for his contribution to the purchase price of the Montreal property.

III — Issues

The central issues on this appeal are, firstly, whether the Court of Appeal erred in finding that the confirmation by the Antigua High Court of Justice of the appellant's ownership of the Antigua

Proulx a ordonné le remboursement rétroactif des versements de pension alimentaire effectués en trop pendant les deux années antérieures, depuis la date du jugement d'Antigua jusqu'à celle de l'arrêt de la Cour d'appel. Le juge Proulx n'a fait aucune allusion au revenu de location que l'appelante tirait de l'immeuble d'Antigua.

Enfin, le juge Proulx était d'avis que le juge de première instance avait commis une erreur en refusant d'accorder à l'intimé une prestation compensatoire pour son apport à l'immeuble de Montréal. Le simple fait de mettre cet immeuble au nom de l'appelante ne traduisait aucune intention, de la part des parties, de lui en transmettre la propriété, et l'intimé devrait être indemnisé de son apport. Comme il a fait un versement initial équivalant à environ la moitié du prix d'achat de l'immeuble, il devrait avoir droit à un pourcentage similaire de la valeur actuelle du même immeuble. Le juge Proulx a donc conclu que l'intimé avait droit au versement par l'appelante d'une prestation compensatoire de 100 000 \$.

Sur ce dernier point, le juge McCarthy a rédigé une brève opinion concordante selon laquelle l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, qui a été rendu par notre Cour après le jugement de première instance en l'espèce, donnait au juge de première instance le mandat d'examiner l'intention des parties pour déterminer si le fait de mettre un immeuble particulier au nom de l'un des époux était censé lui en transmettre la propriété. Si cela vise seulement à mettre l'immeuble hors de la portée des créanciers de l'époux qui l'a payé, ce dernier a le droit de réclamer une prestation compensatoire pour son apport à l'immeuble. Le juge McCarthy était d'accord avec le juge Proulx pour dire que, selon la preuve présentée en l'espèce, il y avait lieu d'accorder à l'intimé une prestation compensatoire pour son apport au prix d'achat de l'immeuble de Montréal.

III — Les questions en litige

Dans le présent pourvoi, il s'agit principalement de savoir, premièrement, si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la confirmation par la Haute Cour de justice d'Antigua du droit de

13

14

15

property constituted payment of the compensatory allowance of \$150,000 to the appellant and, secondly, whether the Court of Appeal erred in awarding a compensatory allowance to the respondent for his contributions to the Montreal property which was registered in the name of the appellant. Both issues will necessitate a review of the principles set out by this Court in previous cases with respect to the awarding of compensatory allowances.

propriété de l'appelante sur l'immeuble d'Antigua constituait le versement de la prestation compensatoire de 150 000 \$ à l'appelante et, deuxièmement, si la Cour d'appel a commis une erreur en accordant une prestation compensatoire à l'intimé pour ses apports à l'immeuble de Montréal qui était enregistré au nom de l'appelante. Les deux questions nécessiteront l'examen des principes en matière d'attribution de prestations compensatoires que notre Cour a énoncés dans des arrêts antérieurs.

16 The specific legal issues which this appeal raises are, firstly, whether the judgment rendered by the Antigua High Court of Justice constituted "new evidence" sufficient to justify the intervention of the Court of Appeal in the judgment of Boudreault J. of the Superior Court. Secondly, did Boudreault J. err in his treatment of the Montreal property, especially in light of this Court's judgment in *M. (M.E.)*, *supra*, and was the Court of Appeal justified in awarding the respondent a compensatory allowance for his contributions to the appellant's patrimony with respect to this property? And thirdly, if the Court of Appeal were justified in intervening in the judgment of Boudreault J. on these grounds, did the Court of Appeal commit any error in correcting only discrete parts of the award of Boudreault J., without apparent consideration for the overall picture and the overall circumstances of both parties? This appeal is largely concerned with the approach an appellate court, or for that matter a superior court, must take when assessing these issues involving distribution of property between spouses within proceedings of separation and divorce.

Les questions de droit particulières qui sont soulevées en l'espèce sont les suivantes. Premièrement, le jugement de la Haute Cour de justice d'Antigua constituait-il un «nouvel élément de preuve» suffisant pour justifier l'intervention de la Cour d'appel dans le jugement du juge Boudreault de la Cour supérieure? Deuxièmement, le juge Boudreault a-t-il commis une erreur dans sa façon de traiter l'immeuble de Montréal, compte tenu particulièrement de l'arrêt de notre Cour *M. (M.E.)*, précité, et la Cour d'appel était-elle justifiée d'accorder à l'intimé une prestation compensatoire pour ses apports au patrimoine de l'appelante relativement à cet immeuble? Et troisièmement, si la Cour d'appel était justifiée de modifier le jugement du juge Boudreault pour ces motifs, a-t-elle commis une erreur en corrigeant seulement certains éléments des montants accordés par le juge Boudreault, sans apparemment tenir compte de la situation globale des deux parties? Le présent pourvoi porte, dans une large mesure, sur la façon dont un tribunal d'appel, voire une cour supérieure, doit procéder pour évaluer des questions ayant trait au partage des biens entre les époux dans le cadre de procédures de séparation ou de divorce.

IV — Law

IV — Les dispositions législatives pertinentes

17 The first paragraph of art. 462.14 *C.C.Q.* (now art. 427) provides for the payment of a compensatory allowance from one spouse to the other in the following circumstances:

Le premier paragraphe de l'art. 462.14 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 427) prévoit le versement d'une prestation compensatoire par l'un des époux à l'autre dans les cas suivants:

462.14 The court, in declaring separation from bed and board, divorce or [nullity] of marriage, may order either spouse to pay to the other, as compensation for the latter's contribution, in property or services, to the

462.14 Au moment où il prononce la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en

enrichment of the patrimony of the former, an allowance payable [in cash] or by instalments, taking into account, in particular, the advantages of the matrimonial regime and of the marriage contract. The same rule applies in case of death; in such case, the advantages of the succession to the surviving spouse are also taken into account.

In *Lacroix, supra*, I pointed out some of the weaknesses inherent in the regime of separation of property, and the injustices which this regime has often visited on one spouse, usually the wife, who has benefited the other spouse throughout the marriage with contributions of money and unpaid services which have served to enrich the patrimony of the receiving spouse to the detriment of the contributing spouse. At p. 1283 of that decision, I said the following:

At first sight, the purpose of the compensatory allowance is to restore the equilibrium between two patrimonies which has been unfairly disrupted by developments in the matrimonial relationship. If one of the spouses has been enriched at the conclusion of the matrimonial relationship by the contribution of the other spouse, the judge will order compensation to the extent that the enrichment was due to the contribution.

The legislature introduced the remedy of compensatory allowance on December 1, 1982, as a remedy available to the courts to mitigate the losses suffered by the spouse who contributed goods and services throughout the marriage, by compensating that spouse for these contributions. This mechanism is directed towards redressing a disequilibrium which may have resulted between the parties within the matrimonial relationship. This legislative intervention in 1982 was not, however, meant to create a mandatory family patrimony; the legislature maintained the right of spouses to choose their own matrimonial regime through a matrimonial agreement. Thus, the question faced by courts is how to give effect to the remedy introduced by the legislature which justifies a considerable intervention by the courts in the division of property between spouses who are parties to a matrimonial agreement, and yet respect the freedom of choice of the parties as evidenced by such an agreement.

services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage. Il en est de même en cas de décès; il est alors, en outre, tenu compte des avantages que procure au conjoint survivant la succession.

Dans l'arrêt *Lacroix*, précité, j'ai souligné certaines faiblesses inhérentes au régime de la séparation de biens ainsi que les injustices que ce régime a souvent entraînées pour l'époux, habituellement la femme, qui a avantage son conjoint durant tout le mariage au moyen d'apports en argent et en services non payés qui ont servi à enrichir le patrimoine du conjoint qui les recevait, au détriment de celui qui les fournissait. J'affirme ceci, à la p. 1283:

À première vue, la prestation compensatoire vise à rétablir l'équilibre injustement rompu entre deux patrimoines par le déroulement de la relation matrimoniale. Si l'un des époux se retrouve enrichi au terme de la relation matrimoniale par l'apport de son conjoint, le juge ordonne la compensation dans la mesure où l'apport a contribué à l'enrichissement.

Le 1^{er} décembre 1982, le législateur a adopté la prestation compensatoire comme mesure de redressement que les tribunaux pourraient accorder pour atténuer les pertes subies par le conjoint qui a fourni des biens et services tout au long du mariage, en l'indemnifiant de ces apports. Ce mécanisme vise à remédier au déséquilibre qui a pu résulter entre les parties pendant la relation matrimoniale. Cette intervention législative de 1982 n'était toutefois pas destinée à créer un patrimoine familial obligatoire; le législateur a maintenu le droit des époux de choisir leur propre régime matrimonial au moyen d'un contrat de mariage. Donc, la question à laquelle doivent répondre les tribunaux est de savoir comment mettre à exécution la mesure de redressement adoptée par le législateur, qui justifie une intervention judiciaire importante dans le partage des biens entre des époux qui ont signé un contrat de mariage, tout en respectant la liberté de choix des parties que manifeste un tel contrat.

Elements Necessary to Establish a Compensatory Allowance

20

In *M. (M.E.)*, *supra*, this Court again addressed the law relating to compensatory allowances, this time referring more explicitly to the circumstances in which the awarding of a compensatory allowance is justified. This Court adopted the following passage from Professor Caparros as an appropriate statement of the law regarding the criteria needed to establish an award for a compensatory allowance under the terms of art. 462.14 *C.C.Q.*:

[TRANSLATION] Accordingly, to succeed in a claim for a compensatory allowance it is necessary to establish an impoverishment of the claimant which has resulted in an enrichment of the defendant, and an absence of cause for that enrichment. If the absence of cause is not taken into account, arbitrary action may result. Once there is an impoverishment, enrichment and causal link, even if the enrichment is justified, there may be a tendency to take away property from someone who is validly enriched. Let us not forget that the great underlying principle is that each person should be given his due, not have it taken away.

(Ernest Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec* (3rd ed. 1985), at p. 61.)

21

The doctrine of compensatory allowance is related to the doctrine of unjust enrichment, and the criteria needed to establish a cause of action in both cases are very similar. In *M. (M.E.)*, *supra*, at p. 204, I set out the following constituent elements required to establish an award of a compensatory allowance:

- (1) the contribution, whatever its nature and form;
- (2) the enrichment;
- (3) the causal link, which must be "adequate", but does not have to be absolute;
- (4) the proportion in which the contribution has made possible the enrichment;
- (5) the concomitant impoverishment of the person making the contribution;
- (6) the absence of justification for the enrichment.

Les éléments nécessaires pour établir une prestation compensatoire

Dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, notre Cour a de nouveau examiné le droit relatif aux prestations compensatoires, en se reportant cette fois plus expressément aux cas où l'attribution d'une prestation compensatoire est justifiée. Notre Cour a adopté l'extrait suivant d'un ouvrage du professeur Caparros comme constituant un énoncé adéquat du droit concernant les conditions requises pour accorder une prestation compensatoire en vertu de l'art. 462.14 *C.c.Q.*:

Ainsi, pour réussir dans une demande de prestation compensatoire il faudra faire la preuve d'un appauvrissement chez le demandeur qui a provoqué un enrichissement chez le défendeur et une absence de cause à cet enrichissement. Si l'on ne retient pas l'absence de cause, il y a le risque de tomber dans le domaine de l'arbitraire. Car alors, du moment qu'il y a appauvrissement, enrichissement et lien de causalité, même si l'enrichissement est justifié, on pourrait avoir tendance à spolier celui qui s'enrichit validement. N'oublions pas que le grand principe sous-jacent est celui de rendre à chacun son dû et non pas de le lui enlever.

(Ernest Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec* (3^e éd. 1985), à la p. 61.)

Le principe de la prestation compensatoire est lié à celui de l'enrichissement sans cause, et les conditions requises pour établir une cause d'action dans les deux cas sont très semblables. Dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, à la p. 204, j'ai dégagé les éléments requis pour accorder une prestation compensatoire:

- (1) l'apport, quelles qu'en soient la nature et la forme;
- (2) l'enrichissement;
- (3) le lien causal, qui doit être «adéquat», mais n'a pas à être rigoureux;
- (4) la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement;
- (5) l'appauvrissement concomitant de celui/celle qui a fourni l'apport;
- (6) l'absence de justification à l'enrichissement.

In *M. (M.E.)*, *supra*, this Court also made more specific comments regarding two of the above elements. In keeping with the overall, flexible and generous approach which this Court has held is the proper approach in assessing these elements, all contributions to the marriage by both spouses are to be considered and weighed in a preliminary assessment, without making a distinction between contributions to the marriage and contributions to the patrimony. I state at p. 197:

So-called “domestic” or “conjugal” contributions must not be excluded a priori because of their nature, but should be part of the overall assessment of the matrimonial situation.

Disregarding a spouse’s contributions to the marriage may lead to a distorted view of the overall situation of the marriage and the understanding of the spouses as to the arrangements to be made within the marriage. Further on, at p. 198, I continue:

Further, failure to look at the “contributions towards the expenses of the marriage” and assess them may lead to unfair results in a compensatory allowance situation. Since the wife’s contribution to the home is more fluid, less capable of being strictly proved, it is easy to regard it in its entirety as a contribution to the marriage and exclude it from the analysis. It is less easy to exclude the husband’s contribution, as it is often monetary and lends itself to allocation depending on his employment.

I recognize that normal contributions to the marriage may certainly enrich the patrimony of the other spouse. I also recognize that a spouse making a normal contribution to the marriage and to family life cannot be expected to be compensated to the extent of the whole value of that contribution. In *M. (M.E.)*, *supra*, I suggested that in keeping with a global approach which the courts must take in assessing spouses’ contributions to the marriage, it would be appropriate to consider normal contributions to the marriage at the stage of assessing the overall contributions made by both spouses, and to acknowledge at a later stage that the marital relationship itself may justify the fact that normal contributions were made by both spouses, leaving the court to determine whether contributions other

Dans l’arrêt *M. (M.E.)*, précité, notre Cour a également apporté des précisions sur deux des éléments susmentionnés. Conformément à la méthode globale, souple et libérale qui, selon ce que notre Cour a décidé, doit être adoptée pour évaluer ces éléments, tous les apports des deux époux au mariage doivent être pris en considération et sou-pesés dans le cadre d’une évaluation préliminaire, sans qu’aucune distinction ne soit faite entre les apports au mariage et les apports au patrimoine. J’affirme, à la p. 197:

Les apports dits «domestiques» ou «conjugaux» ne doivent pas être a priori écartés en raison de leur nature, mais doivent faire partie de l’évaluation globale de la situation matrimoniale.

Ne pas tenir compte des apports de l’un des époux au mariage peut entraîner une fausse perception de la situation globale du mariage et de la compréhension qu’avaient les époux des arrangements pris dans le cadre du mariage. J’ajoute, à la p. 198:

Le défaut de s’informer des «contributions aux charges du mariage» et de les évaluer risque de plus d’aboutir à des résultats injustes en matière de prestation compensatoire. Puisque la contribution de l’épouse au foyer est plus fluide, moins susceptible d’une preuve rigoureuse, il est facile de la considérer en bloc comme une contribution au mariage et de l’exclure totalement de l’analyse. On écartera moins aisément la contribution du mari car, étant souvent monétaire, elle se prête à répartition selon son emploi.

Je reconnais que les apports normaux au mariage peuvent certainement enrichir le patrimoine de l’autre époux. Je reconnais également qu’on ne peut pas s’attendre à ce que l’époux qui fournit un apport normal au mariage et à la vie familiale soit indemnisé de la valeur entière de cet apport. Dans l’arrêt *M. (M.E.)*, précité, j’ai affirmé que, conformément à la méthode globale que les tribunaux doivent adopter pour évaluer les apports des époux au mariage, il conviendrait de prendre en considération les apports normaux au mariage au moment d’évaluer les apports globaux des deux époux et de reconnaître, à une étape ultérieure, que le lien matrimonial lui-même peut justifier le fait que des apports normaux ont été fournis par les deux époux, tout en laissant au tribunal le soin de

22

23

24

than normal contributions merited a compensatory allowance.

25 Also, one must consider whether contracts and agreements concluded between the parties before or during the course of the marriage are a cause or justification for the enrichment of one of the spouses with the result that this enrichment should not give rise to a compensatory allowance. A spouse may, by sale or by gift, transfer the ownership of property in the name of the other spouse. This transfer of property may be intended as payment of compensation for contributions made by the receiving spouse, and to discharge part of any potential claim for compensatory allowance made under art. 462.14. This possibility has been provided for by art. 462.17 *C.C.Q.* (now art. 430), which states:

462.17 One of the spouses may, during the marriage, agree with the other spouse to make partial payment of the compensatory allowance. The payment received shall be deducted when the time comes to fix the value of the compensatory allowance.

26 Alternatively, the spouses may have intended that the spouse receive the benefit of the ownership of the property for some other reasons, for example, to provide the receiving spouse with a patrimony. The court must look to the underlying intention of the spouses to determine whether there is a justification or cause for the transfer of property from one spouse to the other. If the court can find such an intention to benefit the receiving spouse, then the contributing spouse will not have the right to claim a compensatory allowance for his contributions to the enrichment of the other spouse's patrimony.

Approach to Be Taken by Courts

27 This Court has repeated both in *Lacroix, supra*, and *M. (M.E.), supra*, that the approach which the courts must take in assessing all the constituent elements needed to establish a compensatory allowance must be overall, flexible and generous. In *Lacroix*, for example, this Court stated at p. 1278 that, in general, "analysis of the factual and legal aspects of a compensatory allowance situation calls for special flexibility". This is true for all

déterminer si des apports autres que les apports normaux méritaient une prestation compensatoire.

Il faut également examiner si les conventions et les contrats intervenus entre les parties avant ou pendant le mariage sont une cause ou une justification de l'enrichissement de l'un des époux de sorte que cet enrichissement ne devrait pas donner lieu à une prestation compensatoire. L'un des époux peut, au moyen d'une vente ou d'une donation, transférer la propriété d'un bien au nom de son conjoint. Ce transfert peut être destiné à compenser des apports fournis par l'époux au profit duquel il est fait, et à régler une partie de toute demande éventuelle de prestation compensatoire fondée sur l'art. 462.14. Cette possibilité a été envisagée par l'art. 462.17 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 430), qui prévoit:

462.17 L'un des époux peut, pendant le mariage, convenir avec son conjoint d'acquitter en partie la prestation compensatoire. Le paiement reçu doit être déduit lorsqu'il y a lieu de fixer la valeur de la prestation compensatoire.

Subsidiairement, il se peut que les époux aient voulu transférer la propriété du bien pour d'autres raisons, notamment pour doter d'un patrimoine le conjoint bénéficiaire. Le tribunal doit examiner l'intention sous-jacente des époux pour déterminer s'il existe une justification ou une cause relativement au transfert du bien d'un époux à l'autre. Si le tribunal peut conclure à l'existence d'une telle intention d'avantager l'époux bénéficiaire, l'époux qui a contribué n'aura pas le droit de demander une prestation compensatoire pour ses apports à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint.

La méthode que les tribunaux doivent adopter

Notre Cour a répété tant dans l'arrêt *Lacroix*, précité, que dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, que la méthode que les tribunaux doivent adopter pour évaluer tous les éléments nécessaires pour établir une prestation compensatoire doit être globale, souple et libérale. Dans l'arrêt *Lacroix*, par exemple, notre Cour déclare, à la p. 1278, que, d'une façon générale, «l'analyse des éléments factuels et juridiques en matière de prestation com-

aspects of the analysis which a trial judge must bring to bear on the circumstances and the situation between the parties. The party requesting a compensatory allowance is allowed to adduce evidence by any means to prove the contribution to the enrichment of the other spouse's patrimony, as provided for by art. 462.15 *C.C.Q.* (now art. 428); the causal link between the enrichment of the benefiting spouse and the contribution made by the spouse requesting the compensatory allowance need not be demonstrated as strictly as in other areas of civil liability; the burden of proof imposed on the requesting spouse with respect to each of these elements should not be applied so rigidly as to deny in effect to the contributing spouse the beneficial effects of the remedy. Flexibility is needed because of the special nature of the matrimonial context: we cannot view marriage in the same way as a business and expect that detailed accounts of contributions, gains and losses have been recorded. We must keep in mind the ideal of marriage as a peaceful union, as a partnership aimed at benefiting both spouses and in which the contributions of both spouses combine to mutual benefit.

In addition, any assessment of the contributions made and the losses sustained within a marriage cannot be done in a piecemeal fashion. The circumstances of the marriage must be viewed as a whole, and an overall assessment must be made to determine whether a compensatory allowance should be paid to a spouse whose holdings coming out of the marriage do not reflect the contributions made by that spouse during the marriage for the mutual benefit of the spouses. It would be mistaken for the court to treat properties held by either or by both spouses as distinct entities and to determine an amount in the nature of a compensatory allowance for each property, without regard for contributions made otherwise in the marriage or with respect to other property. Similarly, in determining the final division of property between spouses, it would be mistaken for a court to assess discretely and individually amounts relating to the

pensatoire requiert [...] une souplesse particulière». Cela est vrai pour tous les aspects de l'analyse que le juge de première instance doit faire des circonstances et de la situation existant entre les parties. La partie qui demande une prestation compensatoire peut recourir à tous les moyens pour prouver son apport à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, comme le prévoit l'art. 462.15 *C.c.Q.* (maintenant l'art. 428); l'existence du lien causal entre l'enrichissement de l'époux bénéficiaire et l'apport fourni par l'époux qui demande la prestation compensatoire n'a pas besoin d'être démontrée de façon aussi stricte que dans d'autres domaines de la responsabilité civile; le fardeau de la preuve imposé à l'époux requérant, en ce qui concerne chacun de ces éléments, ne devrait pas s'appliquer de façon rigide au point de priver l'époux qui a contribué des effets bénéfiques de la mesure de redressement. La souplesse est requise en raison de la nature particulière du contexte matrimonial: nous ne pouvons pas assimiler le mariage à une entreprise et nous attendre à ce qu'on ait tenu des états détaillés des apports, des gains et des pertes. Il faut se rappeler que le mariage vise idéalement à constituer une union pacifique, une association destinée à avantager les deux époux, dans laquelle les apports des deux époux concourent à leur avantage réciproque.

En outre, l'évaluation des apports fournis et des pertes subies dans le cadre d'un mariage ne saurait se faire de façon fragmentaire. Il faut examiner l'ensemble des circonstances du mariage et procéder à une évaluation globale pour déterminer s'il y a lieu de verser une prestation compensatoire à un conjoint dont les avoirs provenant du mariage ne reflètent pas les apports qu'il a fournis, durant le mariage, à l'avantage réciproque des époux. Il serait erroné de la part du tribunal de considérer les biens détenus par l'un des époux, ou par les deux, comme des entités distinctes et de fixer pour chaque bien un montant de prestation compensatoire, sans tenir compte des apports fournis d'une autre manière dans le cadre du mariage ou relativement à un autre bien. De même, pour déterminer le partage final des biens entre les époux, il serait erroné de la part du tribunal de fixer séparément et sans égard aux autres chacun des montants pour le

property division between spouses, compensatory allowance, lump sum payments, or alimentary support payments. These amounts must be assessed in relation to the overall circumstances between the parties.

partage des biens entre les époux, la prestation compensatoire, les paiements d'une somme forfaitaire ou les versements de pension alimentaire. Ces montants doivent être évalués en fonction de la situation globale dans laquelle se trouvent les parties.

29

In the case at bar, we can reproach both the trial judge, to some extent, and the Court of Appeal for having failed, at least overtly, to take the overall circumstances into account in determining each of the separate amounts. With respect, the Court of Appeal especially appears to have come to a determination of how the parties should fare in the division of property upon separation in a very piecemeal fashion. Treating the decision of the trial judge as a starting point, it considered the compensatory allowance to be paid to the appellant as satisfied by the Antigua judgment confirming her ownership of the Antigua property, and it ordered the payment of a compensatory allowance to the respondent with respect to the Montreal property, maintaining the alimentary support payments to the appellant in the same amount as ordered by the trial judge, without apparent regard for the fact that it effectively reduced the appellant's equity by an amount greater than \$250,000 compared to what the trial judge had provided.

En l'espèce, nous pouvons reprocher au juge de première instance, jusqu'à un certain point, et à la Cour d'appel de ne pas avoir tenu compte, du moins ouvertement, de la situation globale pour fixer chacun des divers montants. En toute déférence, la Cour d'appel semble tout particulièrement avoir procédé de façon très fragmentaire pour en arriver à une décision sur la façon dont les parties devraient se partager les biens lors d'une séparation. Prenant la décision du juge de première instance comme point de départ, elle a considéré que le jugement d'Antigua confirmant le droit de propriété de l'appelante sur l'immeuble d'Antigua constituait le versement de la prestation compensatoire qui lui était due, et elle a ordonné le versement d'une prestation compensatoire à l'intimé relativement à l'immeuble de Montréal, en maintenant les versements de pension alimentaire dus à l'appelante au même montant que celui fixé par le juge de première instance, sans apparemment tenir compte du fait que cela avait pour effet de diminuer les avoirs de l'appelante de plus de 250 000 \$ comparativement à ce que le juge de première instance avait prévu.

Deference to Trial Judge's Exercise of Discretion

Déférence pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance

30

Article 462.14 *C.C.Q.* states that the court may order a spouse to pay a compensatory allowance to his or her spouse if certain conditions, as discussed above, are met. The court has ultimate discretion to determine whether, in the circumstances of the case, a compensatory allowance is warranted and the assessment of these circumstances is the prerogative of the trial judge. The Court of Appeal should refrain from intervening in this assessment short of an error of law or evidence of an egre-

L'article 462.14 *C.c.Q.* prévoit que le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre une prestation compensatoire si certaines conditions, analysées plus haut, sont remplies. Le tribunal a, en dernière analyse, le pouvoir discrétionnaire de déterminer si, dans les circonstances, une prestation compensatoire est justifiée, et il appartient exclusivement au juge de première instance d'évaluer ces circonstances. La Cour d'appel devrait se garder de modifier cette évaluation à moins qu'une erreur de droit n'ait été commise ou qu'il ne soit prouvé que le juge de première instance a commis une erreur de fait marquée en

gious error of fact in the trial judge's exercise of discretion, under art. 462.14.

In *Lacroix, supra*, I pointed out that the awarding of a compensatory allowance depends to a large extent on the ability of the trial judge to assess the facts and the evidence. With respect to the scope of intervention which is appropriate by an appellate court, I said the following, at p. 1275:

In performing this difficult judicial exercise, there are many factors which the trial judge may legitimately consider as, in relation to both compensatory allowances and lump sums, the legislator has recognized the need for broad discretion by adopting enabling provisions which have an essentially open texture. In such a context, the function of an appellate court is to correct errors of law made at trial in exercising the discretion conferred by law. It goes without saying that assessing the facts is the prerogative of the trial judge and that, unless it can identify such an egregious error in this regard that it indicates an error of legal principle, the Court of Appeal is not justified in intervening.

As well, in *M. (M.E.), supra*, I reiterated that a Court of Appeal must exercise a relatively large degree of deference to the discretionary power of the trial judge for two reasons. Firstly, when a family is in the process of dissolving, its financial matters must be dealt with promptly so as to avoid exhausting the parties' resources and so as to permit them to start their lives over again. And secondly, spouses generally do not keep detailed records concerning their family finances, and oral testimony is therefore of great importance. The trial judge is in the best position to assess the demeanour and credibility of the witnesses. As indicated above, there are a number of factors which a trial judge may legitimately consider in assessing the appropriateness and the amount of a compensatory allowance. In *M. (M.E.), supra*, at p. 205, this Court said the following with respect to the deference to be accorded by an appellate court:

exerçant son pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'art. 462.14.

Dans l'arrêt *Lacroix*, précité, j'ai souligné que l'attribution d'une prestation compensatoire dépend, dans une large mesure, de la capacité du juge de première instance d'évaluer les faits et la preuve. Quant à la portée de l'intervention qui convient de la part d'un tribunal d'appel, j'affirme ceci, à la p. 1275:

Dans la réalisation de ce difficile exercice judiciaire, nombreux sont les facteurs susceptibles de considération légitime par le juge de première instance car le législateur a, tant en matière de prestation compensatoire qu'en matière de somme globale, reconnu la nécessité d'une large discrétion par l'adoption de dispositions habilitantes dont la texture se veut essentiellement ouverte. Dans un tel contexte, le rôle d'un tribunal d'appel est de corriger les erreurs de droit commises en première instance dans l'exercice de la discrétion conférée par la loi. Il va sans dire que l'appréciation des faits est de la prérogative du juge de première instance et qu'à moins d'être en mesure de relever une erreur d'appréciation à ce point marquée qu'elle témoigne d'une erreur touchant aux principes juridiques, la Cour d'appel n'est pas justifiée d'intervenir.

De même, dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, j'ai répété qu'une Cour d'appel doit, pour deux raisons, faire preuve de passablement de déférence envers le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Premièrement, lorsqu'une famille est en voie de dissolution, il faut s'occuper rapidement de ses affaires financières pour éviter l'épuisement des ressources des parties et pour permettre à celles-ci de refaire leur vie. Deuxièmement, les époux ne tiennent généralement pas des états détaillés des finances de la famille, et les dépositions orales revêtent donc une grande importance. Le juge de première instance est le mieux placé pour apprécier la conduite et la crédibilité des témoins. Comme je l'ai indiqué précédemment, il existe un certain nombre de facteurs dont le juge de première instance peut tenir compte légitimement pour évaluer l'à-propos et le montant d'une prestation compensatoire. Dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, à la p. 205, notre Cour déclare ce qui suit relativement à la déférence dont un tribunal d'appel doit faire preuve:

31

32

This latitude in assessing “factors which the trial judge may legitimately consider” will occur in particular in the examining of the reasons justifying the enrichment, which may well be done from an overall perspective and will often underlie the judge’s decision whether or not to use his discretionary power to alter the parties’ patrimonial situation resulting from their agreements or from the circumstances.

The fact of giving greater deference to the trial judge’s decision may, at least *prima facie*, lead to “contradictory decisions”. This difficulty is inherent in the subject-matter, but it is the result of a flexible system in which the judge exercises an equitable power. Article 559 C.C.Q. (and its successor, art. 462.14 C.C.Q. [now art. 427]) is just such an equitable provision, which clearly confers a remedial and discretionary power on the trial judge.

33 And in the conclusion of that case, the Court decided that the trial judge had exercised his discretion judicially, saying at p. 206:

In the case at bar, the record contained evidence which justified the trial judge in exercising his discretion to deny the compensatory allowance to the respondent. The Court does not have to decide whether it would have exercised its discretion in the same way. Questioning a trial judge’s findings of fact where there has been no error of law can only encourage appeals, a particularly unfortunate development in family matters. The Court must instead inquire whether the trial judge exercised his discretion judicially.

34 In the present appeal, as in *Lacroix, supra*, and *M. (M.E.), supra*, the appellant is challenging the intervention of the Court of Appeal in a determination made by the trial judge as to the appropriate amount of compensatory allowance which should be awarded the appellant. Absent an error of law or an egregious error of fact on the part of the trial judge, the Court of Appeal should not intervene in this determination.

Cette latitude dans l’appréciation de «facteurs susceptibles de considération légitime» se manifestera particulièrement dans l’examen de motifs de justification de l’enrichissement, qui pourra se faire globalement et sous-tendra souvent la décision du juge d’avoir recours ou non à son pouvoir discrétionnaire de modifier la situation patrimoniale des parties résultant de leurs conventions ou des circonstances.

Le fait d’accorder plus de déférence à la décision du juge de première instance pourra, du moins en apparence, mener à des «décisions contradictoires». C’est là une difficulté inhérente au domaine, mais qui constitue l’envers de la médaille d’un régime de souplesse, où le juge exerce un pouvoir d’équité. Or, l’art. 559 C.c.Q. (et son successeur, l’art. 462.14 C.c.Q. [maintenant l’art. 427]) constitue une telle mesure d’équité, qui confère clairement un pouvoir «remédiateur» et discrétionnaire au juge du procès.

Dans la conclusion qu’elle a tirée relativement à cette affaire, la Cour a statué que le juge de première instance avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire, affirmant à la p. 206:

En l’espèce, le dossier contenait des éléments qui justifiaient le juge du procès d’exercer sa discrétion pour refuser la prestation compensatoire à l’intimé. La Cour n’a pas à décider si elle aurait exercé sa discrétion dans le même sens. Remettre en question les conclusions de fait du juge de première instance, en l’absence d’erreur de droit, ne peut en effet qu’encourager les pourvois, phénomène particulièrement désastreux en matière familiale. La Cour doit plutôt se demander si le juge de première instance a exercé sa discrétion de façon judiciaire.

Dans le présent pourvoi, comme dans le cas des arrêts *Lacroix* et *M. (M.E.)*, précités, l’appelante conteste l’intervention de la Cour d’appel dans une décision du juge de première instance quant au montant de prestation compensatoire qui devrait lui être accordé. En l’absence d’une erreur de droit ou d’une erreur de fait marquée commise par le juge de première instance, la Cour d’appel ne devrait pas intervenir dans cette décision.

V — Application to the Case at Bar*Error with Respect to Montreal Property*

The law in effect at the time of the trial judgment was not yet settled as to whether an intention to remove a piece of property from the reach of one spouse's creditors, and thereby putting that property in the name of the other spouse, was a sufficient justification to deny awarding the contributing spouse a compensatory allowance to reimburse him for his contribution to the other spouse's patrimony. The Court has since, in *M. (M.E.)*, *supra*, confirmed the proposition that an agreement between spouses to transfer property with the intention to benefit the receiving spouse does not give rise to a claim for compensatory allowance by the contributing spouse at a later time. However, if the intention is solely to put the property in the name of the receiving spouse to protect the property from the contributing spouse's creditors, this is not the sort of justification that will by itself bar a later claim for a compensatory allowance by the contributing spouse.

The trial judge in the present case held that the respondent, in putting the Montreal property in the name of the appellant, intended to put the property out of reach of his creditors, and that a contractual situation of some sort existed between the parties. Even though neither party stated that the respondent intended to make a gift to his wife of the value of the property which was transferred, the judge found that the result of this contract was to transfer the ownership of the property to the appellant, and the respondent had no further claim to the Montreal property, either as an owner or through the mechanism of a compensatory allowance. The trial judge in the absence of any express testimony of an intention to make a gift purported to look at the reality of the transaction to determine whether there was an intention to benefit the appellant. However, the trial judge concluded that there was such an intention only on the basis that the parties effected this gratuitous transaction voluntarily and deliberately, without considering any of the other circumstances behind the transaction.

V — Application à la présente affaire*Erreur concernant l'immeuble de Montréal*

Le droit en vigueur à l'époque du jugement de première instance n'était pas encore fixé quant à savoir si l'intention de mettre un bien à l'abri des créanciers de l'un des époux et, par conséquent, de mettre ce bien au nom de son conjoint, constituait une justification suffisante pour refuser à l'époux qui a contribué une prestation compensatoire qui le rembourserait de son apport au patrimoine de son conjoint. La Cour a depuis lors, dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, confirmé qu'une convention entre les époux en vue de transférer un bien dans le but d'avantager le conjoint qui le reçoit ne donne pas ouverture ultérieurement à une demande de prestation compensatoire de la part du conjoint qui lui a transféré le bien. Cependant, si les époux ont seulement l'intention de mettre le bien au nom du conjoint qui le reçoit afin de le protéger contre les créanciers de l'autre conjoint, ce n'est pas le genre de justification qui empêchera en soi ce dernier de demander, par la suite, une prestation compensatoire.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'en mettant l'immeuble de Montréal au nom de l'appelante, l'intimé a voulu le mettre à l'abri de ses créanciers et qu'un genre de situation contractuelle existait entre les parties. Même si aucune des parties n'a déclaré que l'intimé voulait faire à l'épouse une donation d'une valeur égale à celle de l'immeuble transféré, le juge a statué que ce contrat avait pour effet de transférer la propriété de l'immeuble de Montréal à l'appelante et que l'intimé n'avait plus aucun droit sur cet immeuble, que ce soit à titre de propriétaire ou en vertu d'une prestation compensatoire. En l'absence de toute déposition révélant expressément une intention de faire une donation, le juge de première instance a voulu examiner l'opération elle-même pour déterminer s'il y avait eu intention d'avantager l'appelante. Toutefois, il a conclu à l'existence d'une telle intention seulement parce que les parties ont effectué cette opération à titre gratuit de façon volontaire et délibérée, sans tenir compte des autres circonstances qui la sous-tendaient.

35

36

37 This Court's decision in *M. (M.E.)*, *supra*, indicates that this was the wrong approach to take in determining whether the respondent was entitled to a compensatory allowance for his contributions to the Montreal property. Therefore, the Court of Appeal was justified in intervening in the trial judgment on the basis that the trial judge erred in law in his stated reasons for refusing a compensatory allowance to the respondent for his contributions to the Montreal property. A mere finding that the parties intended to transfer the property to the appellant is not sufficient justification to refuse to grant a compensatory allowance to the respondent; the court must determine that the parties intended that the receiving spouse obtain the benefit of ownership of the property.

38 The Court of Appeal was of the opinion that the evidence on the record did not show that the parties had intended that the appellant should receive the benefit of ownership of the Montreal property, nor that this was the intention of the parties when title to that property was registered in the appellant's name. With respect, I would disagree with the conclusion of the Court of Appeal on this point. I believe that the record in the case at bar contained sufficient evidence to show that the parties had intended that the appellant receive the benefit of ownership of the Montreal property. Before discussing this evidence, I will refer further to this Court's reasoning in *M. (M.E.)*, *supra*.

39 The most common types of contracts between spouses which would serve as a justification for the enrichment of one of the spouses are contracts of sale of property, often for nominal consideration, and gifts, or *inter vivos* donations. In *M. (M.E.)*, *supra*, I say the following, at p. 202:

The spouses may also have concluded contracts of sale or gift by which certain property was transferred from one spouse's patrimony to the other's. A husband may thus have transferred ownership of the family residence to his wife to provide her with a patrimony. This decision to benefit the wife may constitute a "justifica-

L'arrêt de notre Cour *M. (M.E.)*, précité, indique que c'était la mauvaise façon d'aborder la question de savoir si l'intimé avait droit à une prestation compensatoire pour ses apports à l'immeuble de Montréal. Par conséquent, la Cour d'appel était justifiée d'intervenir dans le jugement de première instance pour le motif que le juge de première instance avait commis une erreur de droit dans les raisons qu'il a exposées pour refuser une prestation compensatoire à l'intimé pour ses apports à l'immeuble de Montréal. Une simple conclusion que les parties ont voulu transférer l'immeuble à l'appelante ne constitue pas une justification suffisante pour refuser d'accorder une prestation compensatoire à l'intimé; le tribunal doit décider que les parties ont voulu que le conjoint au nom duquel l'immeuble a été transféré bénéficie de la propriété de l'immeuble.

La Cour d'appel était d'avis que la preuve versée au dossier ne montrait pas que les parties ont voulu que l'appelante bénéficie de la propriété de l'immeuble de Montréal, ni que telle était l'intention des parties lorsque le titre de propriété a été enregistré au nom de l'appelante. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel sur ce point. Je crois que le dossier en l'espèce contenait suffisamment d'éléments de preuve pour montrer que les parties ont voulu que l'appelante bénéficie de la propriété de l'immeuble de Montréal. Avant d'examiner ces éléments de preuve, je vais me reporter davantage au raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité.

Les genres de contrats les plus courants entre époux, qui serviraient de justification à l'enrichissement de l'un d'eux, sont les contrats de vente d'un bien, souvent pour une contrepartie symbolique, et les donations ou donations entre vifs. Dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, je dis ce qui suit, à la p. 202:

Les époux peuvent avoir également conclu des contrats de vente ou de donation par lesquels certains biens ont été transférés du patrimoine d'un conjoint à celui de l'autre. L'époux peut ainsi avoir transféré à son épouse la propriété de la résidence familiale afin de lui constituer un patrimoine. Cette décision d'avantager l'épouse

tion" or cause for the enrichment of the latter's patrimony, in which case the husband could not subsequently claim what he had freely given or sold.

Thus, a gift for the purposes of benefiting the other spouse is a justification for the enrichment of that spouse, and the contributing spouse will have no subsequent right to a compensatory allowance in return for that gift. In the absence of any formal gift, as in the case at bar, a court must find that the transfer of the property into the hands of the receiving spouse was intended for her benefit. Thus, if the parties intended merely to place the property beyond the reach of the contributing spouse's creditors, or if they contemplated that the ownership of the property could somehow revert to the contributing spouse, the intention to benefit the receiving spouse did not exist and the contributing spouse would have a claim for a compensatory allowance.

This Court's decision in *M. (M.E.)*, *supra*, gives a good indication of how a court should go about these determinations. Again, this is a matter of judicial discretion, and the court must consider the circumstances of each case. The trial judge must examine the lifestyle of the parties during their marriage and the choices they made to arrange their matrimonial relationship. In *M. (M.E.)*, *supra*, this Court quoted extensively with approval from the decision of Rothman J.A. in *Droit de la famille* — 866, [1990] R.J.Q. 1833 (C.A.), to illustrate an example of circumstances in which property was given by one spouse to another partly as protection against creditors and partly to benefit the receiving spouse. The comments of Rothman J.A. are equally relevant to the case at bar, and I cite again the following extract from that case, at pp. 1838-39:

It is perfectly plausible that the parties would have intended to benefit the wife and the family by having the house purchased in her name while, at the same time, protecting this important family asset from possible future claims of business creditors. Many couples purchasing a home do so with *both* of these purposes in

peut constituer une «justification» ou une cause à l'enrichissement du patrimoine de celle-ci, auquel cas l'époux ne saurait, après coup, venir réclamer ce qu'il avait librement donné ou vendu.

Ainsi, une donation visant à avantager le conjoint est une justification de l'enrichissement de ce conjoint, et l'époux qui l'effectue n'aura, par la suite, aucun droit à une prestation compensatoire pour cette donation. En l'absence de toute donation formelle, comme en l'espèce, le tribunal doit conclure que le transfert de l'immeuble à l'épouse visait à l'avantager. Donc, si les parties ont simplement voulu mettre l'immeuble à l'abri des créanciers de l'époux qui le transférerait, ou si elles ont prévu que la propriété de l'immeuble pourrait de quelque façon retourner à ce dernier, l'intention d'avantager le conjoint qui l'a reçu n'existait pas et l'époux qui a transféré l'immeuble aurait le droit de réclamer une prestation compensatoire.

L'arrêt de notre Cour *M. (M.E.)*, précité, donne une bonne indication de la façon dont un tribunal devrait traiter ces questions. Encore une fois, c'est une question de pouvoir judiciaire discrétionnaire, et le tribunal doit étudier les circonstances de chaque cas. Le juge de première instance doit examiner le mode de vie des parties durant leur mariage et les choix qu'elles ont faits pour organiser leur vie matrimoniale. Dans l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, notre Cour a cité, en l'approuvant, un large extrait des motifs exposés par le juge Rothman dans l'arrêt *Droit de la famille* — 866, [1990] R.J.Q. 1833 (C.A.), pour donner un exemple de circonstances dans lesquelles l'un des époux a donné un bien à son conjoint en partie pour le protéger contre les créanciers et en partie pour avantager le conjoint qui l'a reçu. Les observations du juge Rothman sont tout aussi pertinentes en l'espèce, et je reproduis de nouveau le passage de cette affaire tiré des pp. 1838 et 1839:

[TRADUCTION] Il est tout à fait plausible que les parties aient voulu créer un avantage pour l'épouse et la famille en faisant en sorte que la maison soit achetée au nom de cette dernière, et protégée en même temps cet important bien familial contre d'éventuelles réclamations de créanciers commerciaux. De nombreux couples

40

41

mind. There is no contradiction here and no incompatibility between the two purposes.

The contradiction arises only when respondent attempts to recover, by way of compensatory allowance, the payments he willingly made for a house that he and his wife decided would be purchased by her. At no time until the divorce proceedings were taken was there any question that the payments were not being made for her benefit or that they would be subject to reimbursement or compensation.

In short, while the payments made by respondent did enrich appellant's patrimony, this was obviously what the parties intended. It is difficult to imagine that respondent could have made the payments that he did on a house that his wife had purchased without intending to benefit her, albeit, at the same time, protecting the house from his creditors.

Nor is there anything unusual in the path the parties followed. They did what many generations of Quebec couples have done. They married under a regime of separation as to property, providing in their marriage contract for various gifts of future property. They purchased their family home in the wife's name while the husband made the payments on the house because he was the wage-earner. The parties were obviously aware that the wife could not herself make these payments, having agreed to remain at home to look after the children. Unless the entire arrangement was a subterfuge designed to hide the true ownership of the property from respondent's creditors, what purpose, other than a benefit to the wife, could possibly have been intended by the parties?

The claim for a compensatory payment under article 559 C.C.Q. is a claim founded on the equitable principle of unjustified enrichment or *enrichissement sans cause*. It is not every contribution made by one spouse to another that will give rise to a compensatory allowance. There must, of course, be an enrichment and an impoverishment. But it is essential, as well, that the enrichment be *without cause*.

Far from being without cause in this case, the enrichment of appellant's patrimony by respondent's contributions seems to me exactly what the parties intended in the arrangements they made.

Nor does this result seem unjustified or inequitable. Appellant gave up her own teaching career and salary for some 20 years to look after the house and children.

qui achètent une maison le font en ayant ces deux objectifs à l'esprit. Il n'y a ici ni contradiction ni incompatibilité entre les deux objectifs.

Il n'y a contradiction que lorsque l'intimé tente de recouvrer, par voie de prestation compensatoire, les paiements qu'il a volontairement faits pour une maison à l'égard de laquelle lui-même et son épouse ont décidé qu'elle serait achetée par l'épouse. Jamais avant que les procédures de divorce soient entamées il n'avait été question que les paiements ne soient pas faits à l'avantage de l'épouse ou qu'ils soient susceptibles de remboursement ou de compensation.

Bref, les paiements de l'intimé ont enrichi le patrimoine de l'appelante, mais c'est clairement ce que les parties voulaient. Il est difficile d'imaginer que l'intimé ait pu faire les paiements qu'il a faits sur la maison que son épouse avait achetée sans qu'il veuille l'avantager, tout en protégeant la maison contre ses créanciers.

Il n'y a rien d'inhabituel non plus dans la voie qu'ont suivie les parties. Ils ont fait ce que de nombreuses générations de couples québécois ont fait. Ils se marient sous le régime de la séparation de biens, prévoyant dans leur contrat de mariage différents dons de biens futurs. Ils ont acheté leur maison familiale au nom de l'épouse et l'époux a fait les paiements sur la maison parce que c'est lui qui touchait un salaire. Les parties savaient évidemment que l'épouse ne pourrait pas elle-même faire ces paiements, ayant convenu qu'elle demeurerait à la maison pour élever les enfants. À moins que tout l'arrangement n'ait été un subterfuge destiné à cacher aux créanciers de l'intimé la vraie propriété du bien, quel objectif autre que celui d'avantager l'épouse aurait pu être poursuivi par les parties?

La demande de paiement compensatoire en vertu de l'article 559 C.c.Q. est une demande fondée sur le principe équitable de l'enrichissement sans cause. Ce ne sont pas toutes les contributions faites par un époux à l'autre qui donneront lieu à une prestation compensatoire. Il doit évidemment y avoir un enrichissement et un appauvrissement. Mais il est tout de même essentiel que l'enrichissement soit *sans cause*.

Loin d'être sans cause en l'espèce, l'enrichissement du patrimoine de l'appelante par les contributions de l'intimé me semble être exactement ce que les parties ont voulu dans les arrangements qu'ils ont pris.

Et ce résultat ne semble ni injustifié ni inequitable. L'appelante a abandonné sa carrière et son traitement d'enseignante pendant une vingtaine d'années pour tenir

This left respondent free to pursue his business career. It does not seem to me unjustified or unfair that during this period respondent was contributing to appellant's equity in the house while he was building up his own equity in the business. [Emphasis added by Rothman J.A.]

The decision in *M. (M.E.)*, *supra*, indicates that considerations such as the following are relevant in determining the intention of the parties in transferring property between spouses: who was earning money outside the home, who made capital payments on the house and mortgage, who looked after the children, whether one of the spouses quit a career to focus on home and family responsibilities. These are exactly the kinds of factors which Rothman J.A. considered in *Droit de la famille — 866*, *supra*. With respect, I believe that the Court of Appeal judgment in the present case does not follow the spirit of *M. (M.E.)*, *supra*, and that a more objective application of the principles in that case should lead this Court to the conclusion that the trial judge's result, if not his stated reasons, was the correct one, for virtually the same reasons as are set out in the long citation from *Droit de la famille — 866*, *supra*.

Because of the respective situations of the parties during the marriage and the financial arrangements which they made with respect to the family residence in Montreal, it would seem reasonable to conclude that the parties had both purposes of benefiting the equity position of the wife while protecting the family home from the creditors of the husband in mind in putting the home in the name of the wife. In fact, the trial judge expressed some doubt that the parties could seriously have been concerned about any impending bankruptcy of the respondent and that their intention as stated at trial by the respondent was to protect the property from his creditors, considering that the parties did not purchase this property until 1986, when the respondent's net worth was considerable after over 10 years of successful business and investment management. In general, the trial judge gave little credence to the respondent's testimony, because of

maison et élever ses enfants. Cela a permis à l'intimé de poursuivre sa carrière en affaires. Il ne me semble ni injustifié ni inéquitable que l'intimé ait contribué, pendant cette période, à la valeur nette de l'appelante dans la maison pendant qu'il constituait la sienne dans l'entreprise. [Les italiques sont du juge Rothman.]

L'arrêt *M. (M.E.)*, précité, indique que des facteurs comme ceux qui suivent sont pertinents pour déterminer l'intention que les parties avaient en effectuant un transfert de biens entre époux: qui gagnait l'argent à l'extérieur du foyer, qui effectuait les paiements de la maison et de l'hypothèque, qui s'occupait des enfants, est-ce que l'un des époux a abandonné sa carrière pour assumer les responsabilités de la maison et de la famille? C'est exactement le genre de facteurs que le juge Rothman a pris en considération dans l'arrêt *Droit de la famille — 866*, précité. En toute déférence, je crois que l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce n'est pas fidèle à l'esprit de l'arrêt *M. (M.E.)*, précité, et qu'une application plus objective des principes énoncés dans cette affaire devrait amener notre Cour à conclure que le résultat auquel est arrivé le juge de première instance, sinon les motifs qu'il a exposés, était le bon, pour pratiquement les mêmes raisons que celles données dans le long extrait tiré de l'arrêt *Droit de la famille — 866*, précité.

À cause de la situation respective des parties durant le mariage et des arrangements financiers qu'elles ont pris relativement à la résidence familiale de Montréal, il semblerait raisonnable de conclure qu'elles ont voulu à la fois améliorer les avoirs de l'épouse et protéger le domicile familial contre les créanciers du mari en mettant le domicile au nom de l'épouse. En fait, le juge de première instance doutait quelque peu que les parties aient pu craindre sérieusement une faillite imminente de l'intimé et qu'elles aient eu l'intention, comme l'intimé l'a déclaré au procès, de protéger l'immeuble contre ses créanciers, étant donné que les parties ne l'ont acheté qu'en 1986, lorsque la valeur nette des avoirs de l'intimé était considérable à la suite de plus de 10 années de réussite dans la gestion d'une entreprise et de placements. De façon générale, le juge de première instance a peu ajouté foi au témoignage de l'intimé, à cause de

his evasive and uncooperative behaviour on the stand.

son comportement évasif et de son manque de coopération à la barre.

44 The parties, realizing that the appellant would otherwise be without financial security, intended to benefit her by placing the equity of the family home in her name. This kind of financial arrangement between spouses is quite common. And, as noted by Rothman J.A. in *Droit de la famille — 866, supra*, dealing with similar circumstances, this result is neither unjustified nor inequitable. The appellant gave up the potential for an independent career during the marriage to assist her husband in his business as well as looking after the house and raising the children, freeing her husband to attend to a lucrative business. During their marriage, because of the respondent's considerable business travel and his business responsibilities, the appellant raised the children virtually alone. She also managed to do so while contributing substantially to the respondent's business with administrative and secretarial duties, all without remuneration.

Les parties, qui se rendaient compte que l'appelante serait par ailleurs dépourvue de sécurité financière, ont voulu l'avantager en mettant la valeur nette de la résidence familiale à son nom. Ce genre d'arrangement financier entre époux n'est pas rare. Et, comme l'a fait remarquer le juge Rothman dans l'arrêt *Droit de la famille — 866*, précité, en traitant de circonstances semblables, ce résultat n'est ni injustifié ni inéquitable. L'appelante a renoncé à la possibilité de poursuivre une carrière indépendante pendant la durée du mariage afin d'aider son mari dans son entreprise, de tenir maison et d'élever les enfants, permettant ainsi à son mari d'exploiter une entreprise lucrative. Durant leur mariage, en raison des nombreux voyages d'affaires de l'intimé et de ses responsabilités dans l'entreprise, l'appelante a élevé les enfants presque seule. Elle a également réussi à le faire tout en participant de façon importante à l'entreprise de l'intimé en exécutant à titre gratuit des tâches d'administration et de secrétariat.

45 The record establishes that the Montreal property was the first matrimonial home of the parties, and the only home that they occupied as a family while in Canada, both before 1971 and after their return to Canada in 1981. The parties and their two children were attached to the apartment. Considering the overall evidence, it is clear that this was the matrimonial residence in Canada, and that there was a clear intention to maintain it as the family home.

Il ressort du dossier que l'immeuble de Montréal était le premier domicile conjugal des parties et le seul domicile qu'elles ont occupé en tant que famille durant leur séjour au Canada, tant avant 1971 qu'après leur retour au pays en 1981. Les parties et leurs deux enfants étaient attachés à l'appartement en question. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, il est clair que c'était le foyer conjugal au Canada et que les parties avaient manifestement l'intention de le conserver comme résidence familiale.

46 I believe that the evidence on record does indicate that the parties had arranged their finances and divided their responsibilities within the marriage in such a way that putting this property in the appellant's name was intended for her benefit. Therefore, even though the trial judge erred in finding that there was justification for the transfer of the property from the respondent to the appellant because of the mere existence of a contract between the parties, I believe that on a proper examination of all the circumstances of the marriage and of this specific transaction of property,

Je crois que la preuve versée au dossier indique que les parties avaient organisé leurs finances et partagé leurs responsabilités dans le cadre du mariage de telle sorte que l'enregistrement de cet immeuble au nom de l'appelante visait à l'avantager. Par conséquent, même si le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il y avait justification du transfert de l'immeuble de l'intimé à l'appelante à cause de la simple existence d'un contrat entre les parties, je pense que, si on examinait bien toutes les circonstances du mariage et de cette opération immobilière précise,

the same result should hold, for the reasons explained above. Therefore, the parties intended that the appellant receive the benefit of the ownership of the Montreal property, and there was justification for the enrichment of her patrimony. As a result, the trial judge was correct in refusing to award a compensatory allowance to the respondent for his contributions to the appellant's patrimony.

New Evidence

The Court of Appeal in the present case also felt it was justified in intervening in the trial judgment because of new evidence which had come to light since the trial judge rendered his decision. In the intervening period, the High Court of Justice of Antigua had handed down its judgment which declared the ownership of the Antigua property to be in the hands of the appellant. The new evidence received by the Court of Appeal included the statement of the appellant that the Antigua property had been given to her by the respondent in consideration of the services she had provided for him in his various business enterprises. This statement was set out in an affidavit of the appellant in the Antigua action and was affirmed by her in her testimony in those proceedings.

Proulx J.A. says that in light of this new evidence, which the trial judge could not have taken into account as the outcome of the litigation was not yet known, the Court of Appeal must take the value of the Antigua property into account in considering whether the compensatory allowance awarded to the appellant has been discharged. Since the Antigua property, stated in the Antigua judgment to be valued at \$270,000, is considerably more than the \$150,000 compensatory allowance awarded by the trial judge to the appellant, Proulx J.A. found it appropriate simply to cancel the obligation to pay the compensatory allowance, since payment of this had been satisfied by the gift of the Antigua property to the appellant.

on aboutirait au même résultat, pour les motifs exposés ci-dessus. Donc, les parties ont voulu que la propriété de l'immeuble de Montréal soit transférée à l'appelante, et il y avait justification de l'enrichissement de son patrimoine. En conséquence, le juge de première instance a eu raison de refuser d'accorder une prestation compensatoire à l'intimé pour ses apports au patrimoine de l'appelante.

Nouveaux éléments de preuve

En l'espèce, la Cour d'appel a également estimé qu'elle était justifiée d'intervenir dans le jugement de première instance en raison des nouveaux éléments de preuve apportés depuis que le juge de première instance avait rendu sa décision. Dans l'intervalle, la Haute Cour de justice d'Antigua avait rendu jugement et déclaré l'appelante propriétaire de l'immeuble d'Antigua. Parmi les nouveaux éléments de preuve produits devant la Cour d'appel, il y avait la déclaration de l'appelante que l'immeuble d'Antigua lui avait été donné par l'intimé en contrepartie des services qu'elle lui avait fournis dans ses diverses entreprises commerciales. Cette déclaration figurait dans un affidavit déposé par l'appelante dans le cadre de l'action intentée à Antigua et a été confirmée par elle dans le témoignage qu'elle a présenté au cours de ces procédures.

Le juge Proulx affirme qu'à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve que le juge de première instance n'aurait pas pu prendre en considération parce que l'issue du litige n'était pas encore connue, la Cour d'appel doit tenir compte de la valeur de l'immeuble d'Antigua en examinant s'il y a eu versement de la prestation compensatoire accordée à l'appelante. Comme l'immeuble d'Antigua, évalué à 270 000 \$ dans le jugement d'Antigua, dépassait de beaucoup la prestation compensatoire de 150 000 \$ accordée à l'appelante par le juge de première instance, le juge Proulx a estimé approprié d'annuler simplement l'obligation de verser la prestation compensatoire, étant donné que son versement avait été réalisé par la donation de l'immeuble d'Antigua à l'appelante.

47

48

49 The manner in which Proulx J.A. disposes of this matter rests on the assumption that the trial judge ignored the existence of the Antigua property completely when he set the amount of the compensatory allowance for the appellant at \$150,000, and that he removed any consideration of this property from his mind when he determined the appropriate amount of compensatory allowance. If this is true, then the trial judge erred in not considering the Antigua property as part of the overall situation when determining the amount to award the appellant as a compensatory allowance. But the decision of the trial judge can be read differently, and in fact the judgment can be read more logically if one considers that the trial judge did include the value of the Antigua property in his overall assessment.

50 First of all, the fact that the ownership of the Antigua property was being contested before the High Court of Justice of Antigua was known to the trial judge. Boudreault J. refers to the Antigua litigation and the allegations made on both sides, including testimony of the appellant that the property in Antigua had been given to her. There was also evidence in the present action before the trial judge, from an examination on discovery of the appellant, that the Antigua property was intended to be given to her as compensation for her work in the respondent's business:

Q. Did you ever ask [the respondent] for payment?

A. I did ask him and his reply was "I gave you a hundred thousand dollar house."

Q. Which house are we talking about?

A. There's only one hundred thousand dollar house, that's the Antigua house.

51 And furthermore, the trial judge explicitly referred to the Antigua property in making his award for alimentary support, reserving the right of the respondent to request a variation of that award once the ownership of the Antigua property had been decided. He explicitly did not take into

Pour trancher cette question, le juge Proulx suppose que le juge de première instance ignorait complètement l'existence de l'immeuble d'Antigua au moment de fixer à 150 000 \$ le montant de la prestation compensatoire destinée à l'appelante et qu'il n'a absolument pas tenu compte de cet immeuble en fixant ce montant. Si cela est exact, le juge de première instance a alors commis une erreur en ne considérant pas l'immeuble d'Antigua comme faisant partie de la situation globale au moment de fixer le montant à accorder à l'appelante à titre de prestation compensatoire. Mais la décision du juge de première instance peut s'interpréter différemment et, en fait, elle peut recevoir une interprétation plus logique si on considère que le juge de première instance a bel et bien inclus la valeur de l'immeuble d'Antigua dans son évaluation globale.

Tout d'abord, le juge de première instance savait que la propriété de l'immeuble d'Antigua était contestée devant la Haute Cour de justice d'Antigua. Le juge Boudreault mentionne le litige d'Antigua et les allégations émanant des deux côtés, y compris le témoignage de l'appelante selon lequel l'immeuble d'Antigua lui avait été donné. Il ressortait également de la preuve présentée dans la présente action devant le juge de première instance, et tirée de l'interrogatoire préalable de l'appelante, qu'on avait voulu lui donner l'immeuble d'Antigua en compensation de son travail dans l'entreprise de l'intimé:

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous jamais demandé [à l'intimé] de vous payer?

R. Je l'ai fait et il m'a répondu: «Je t'ai donné une maison de cent mille dollars.»

Q. De quelle maison parlons-nous?

R. Il y a seulement une maison de cent mille dollars, et c'est la maison d'Antigua.

En outre, le juge de première instance a mentionné expressément l'immeuble d'Antigua en fixant le montant de la pension alimentaire et en réservant à l'intimé le droit de demander la modification de ce montant lorsque serait tranchée la question de la propriété de l'immeuble d'Antigua.

account the rental income which the appellant was receiving from the Antigua property in setting the amount of alimentary support, on the grounds that if the Antigua litigation were to be decided in favour of the respondent, the appellant would need the whole support payment awarded by the trial judge. If, on the other hand, the Antigua High Court kept the property in the hands of the appellant, then the respondent would bear the burden of coming to court to have the alimentary support award varied to reflect the rental income which the appellant would be earning from that property. Boudreault J. stated that in the circumstances, given the behaviour of the respondent before and during the trial, the burden of requesting this variation should fall on him. For example, it was the respondent who chose to set multiple litigation in action in two different jurisdictions, when he could have had the ownership of the Antigua property settled in the separation proceedings already instituted by the appellant.

The trial judge, however, though clearly aware of the circumstances and having made a specific and reasoned reservation as regards the alimentary allowance, did not make his award of a compensatory allowance to the appellant conditional on the outcome of the Antigua litigation. Yet the Court of Appeal assumed that the award of a compensatory allowance was conditional on the outcome of the Antigua litigation, and declared the compensatory allowance discharged by the Antigua judgment.

In my opinion, the logic of Boudreault J.'s judgment is that he took as a fact that the appellant owned the Antigua property. He did not give effect to that fact in setting the amount for alimentary support because of the potential risk to the appellant who, in the event that she lost the property, would be forced to seek variation of the support award payable by the respondent who was no longer a resident within the jurisdiction of the Superior Court. Imposing the burden on the respondent to apply to the court for reassessment of alimentary support based on the appellant's income from the Antigua property was more

Il a précisé qu'il ne tenait pas compte du revenu de location que l'appelante tirait de l'immeuble d'Antigua pour fixer le montant de la pension alimentaire, pour le motif que, si l'intimé devait avoir gain de cause dans le litige d'Antigua, l'appelante aurait besoin de la pension alimentaire intégrale accordée par le juge de première instance. Si, par contre, la Haute Cour de justice d'Antigua déclarait l'appelante propriétaire, c'est alors à l'intimé qu'il incomberait de s'adresser aux tribunaux pour faire modifier la pension alimentaire de manière à refléter le revenu de location que l'appelante tirerait de cet immeuble. Le juge Boudreault a déclaré que, dans les circonstances, vu le comportement de l'intimé avant et pendant le procès, c'est à lui que devrait incomber l'obligation de demander cette modification. D'ailleurs, c'est l'intimé qui a choisi d'intenter un procès dans deux ressorts différents, alors qu'il aurait pu faire trancher la question de la propriété de l'immeuble d'Antigua dans le cadre des procédures de séparation déjà engagées par l'appelante.

Cependant, bien qu'il ait clairement été au courant des circonstances et qu'il ait exprimé une réserve précise et motivée relativement à la pension alimentaire, le juge de première instance n'a pas subordonné la prestation compensatoire accordée à l'appelante à l'issue du litige d'Antigua. Pourtant, la Cour d'appel a supposé que l'attribution d'une prestation compensatoire était conditionnelle à l'issue du litige d'Antigua et a déclaré que la prestation compensatoire était acquittée par le jugement d'Antigua.

À mon avis, la logique du jugement du juge Boudreault veut qu'il ait tenu pour acquis que l'appelante était propriétaire de l'immeuble d'Antigua. Il n'a pas tenu compte de ce fait en fixant le montant de la pension alimentaire en raison du risque que l'appelante, au cas où elle perdrait l'immeuble, soit forcée de demander une modification de la pension alimentaire payable par l'intimé qui ne résidait plus dans le ressort de la Cour supérieure. Dans les circonstances, il convenait davantage d'imposer à l'intimé l'obligation de demander au tribunal de réévaluer la pension alimentaire en fonction du revenu que l'appelante tirait de l'im-

52

53

appropriate in these circumstances. This however required that the respondent's rights be reserved in this respect as otherwise it would be assumed that the rental income was taken into account in setting alimony.

54 On the other hand, if the Antigua judgment declared the property in Antigua as belonging to the respondent, the appellant could then have applied for a variation of the amount of the compensatory allowance awarded to her by the trial judge because of this intervening new fact. There was no need to reserve her rights. Her argument was consistent before the courts below as well as before the Antigua High Court that the Antigua property was given to her as part compensation for her services, and that she had the right to a further compensatory allowance as compensation for her considerable contributions to the respondent's patrimony. In my opinion, therefore, I believe that the logical reading of the judgment of Boudreault J. is that he assessed the amount of compensatory allowance to be awarded the appellant on the understanding that the respondent had given her the Antigua property as part compensation for the contribution of her services toward his business endeavours.

55 As I read the decision of Boudreault J., the Court of Appeal erred in considering that the Antigua judgment declaring the appellant to be the owner of the Antigua property constituted significant new evidence which was not before the trial judge, and also constituted payment of the compensatory allowance awarded by the trial judge. The judgment of Boudreault J. was premised on the assumption that the appellant owned the Antigua property subject only to a possible review of the alimentary allowance. Therefore, the fact of the Antigua judgment can neither constitute significant new evidence that would have substantially affected the decision of the trial judge had this evidence been before him, nor a reason to interfere in the amount of the compensatory allowance to be paid to the appellant.

meuble d'Antigua. Cela exigeait cependant que les droits de l'intimé soient réservés à cet égard, sinon on supposerait que le revenu de location avait été pris en considération au moment de fixer la pension alimentaire.

Par contre, si le jugement d'Antigua avait déclaré que l'immeuble d'Antigua appartenait à l'intimé, l'appelante aurait pu alors, en raison de ce fait nouveau, demander une modification du montant de la prestation compensatoire que le juge de première instance lui avait accordée. Il n'était pas nécessaire de lui réserver des droits. Elle a constamment fait valoir, devant les juridictions inférieures ainsi que devant la Haute Cour de justice d'Antigua, que l'immeuble d'Antigua lui avait été donné en compensation partielle de ses services et qu'elle avait droit à une prestation compensatoire supplémentaire pour ses apports considérables au patrimoine de l'intimé. Je crois donc que l'interprétation logique du jugement du juge Boudreault veut qu'il ait évalué le montant de la prestation compensatoire à accorder à l'appelante en acceptant que l'intimé lui avait donné l'immeuble d'Antigua en compensation partielle de l'apport en services qu'elle avait fourni à ses entreprises commerciales.

Selon mon interprétation de la décision du juge Boudreault, la Cour d'appel a commis une erreur en considérant que le jugement d'Antigua déclarant l'appelante propriétaire de l'immeuble d'Antigua constituait un nouvel élément de preuve important dont le juge de première instance n'avait pas été saisi, et qu'il constituait également le versement de la prestation compensatoire accordée par le juge de première instance. Le jugement du juge Boudreault était fondé sur l'hypothèse que l'appelante était propriétaire de l'immeuble d'Antigua sous réserve seulement d'une révision possible de la pension alimentaire. Par conséquent, le jugement d'Antigua lui-même ne saurait constituer ni un nouvel élément de preuve important qui aurait influé sensiblement sur la décision du juge de première instance si celui-ci en avait été saisi, ni une raison de modifier le montant de la prestation compensatoire à verser à l'appelante.

In my view, there was sufficient evidence before the trial judge to allow him to come to the conclusion that the Antigua property was given to the appellant in part consideration for her services to the respondent in his business activities. The appellant's testimony in this regard was not contradicted by the respondent. There was also testimony given by both parties that the Antigua property was given to the appellant in order that she would receive the benefit of the rental income which was generated by that property. Thus, the property represented an investment which provided some level of security and independence for the appellant.

The only question left to be clarified is whether the trial judge had evidence before him on record to assess sufficiently the value of the Antigua property, in order to establish a proper compensatory allowance. The appellant, in the various statements of income and expenses deposited on the record, indicated that the value of the Antigua house was \$100,000. In the course of examinations on her affidavit, the appellant stated on a number of occasions that this was the cost, in American funds, of the construction of the house on that property, and that she was not aware of the market value of the property. The appellant had a valuation report prepared on the Antigua property which put the market value of the property in November 1989 at \$632,800, in Eastern Caribbean currency, or \$270,000 in Canadian dollars. The respondent objected to the filing of this report in the record, alleging that it required cross-examination, and the respondent did not admit the correctness of the report. There was some suggestion that the respondent had also had a valuation done on the Antigua property, but if so this was not produced at trial. Thus, there was no clear evidence of the market value of the Antigua property which was the subject of examination and cross-examination. And furthermore, the trial judge does not state in the judgment what he considered the value of the Antigua property to be.

À mon avis, le juge de première instance disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que l'immeuble d'Antigua avait été donné à l'appelante en contrepartie partielle des services qu'elle avait fournis à l'intimé dans ses activités commerciales. Le témoignage de l'appelante à cet égard n'a pas été contredit par l'intimé. Les deux parties ont aussi mentionné, dans leur témoignage, que l'immeuble d'Antigua a été donné à l'appelante afin qu'elle bénéficie du revenu de location généré par cet immeuble. L'immeuble représentait donc un investissement procurant une certaine sécurité et une certaine indépendance à l'appelante.

La seule question qu'il reste à clarifier est de savoir si les éléments de preuve versés au dossier permettaient au juge de première instance d'évaluer suffisamment l'immeuble d'Antigua pour fixer une prestation compensatoire appropriée. Dans les divers états de revenus et dépenses versés au dossier, l'appelante a indiqué que la valeur de la maison d'Antigua était de 100 000 \$. Au cours des interrogatoires portant sur son affidavit, l'appelante a affirmé, à un certain nombre de reprises, que cette somme représentait le coût, en devises américaines, de la construction de la maison sur ce terrain et qu'elle n'était pas au courant de la valeur marchande de l'immeuble. L'appelante a fait préparer un rapport d'évaluation de l'immeuble d'Antigua, qui établissait sa valeur marchande, en novembre 1989, à 632 800 \$ en devises des Caraïbes orientales, soit 270 000 \$ CAN. L'intimé, qui n'admettait pas l'exactitude de ce rapport, s'est opposé à ce qu'il soit versé au dossier sous prétexte qu'il requérait un contre-interrogatoire. On a laissé entendre que l'intimé avait également fait faire une évaluation de l'immeuble d'Antigua, mais à supposer que ce soit le cas, elle n'a pas été produite au procès. Donc, il n'y avait aucune preuve claire de la valeur marchande de l'immeuble d'Antigua qui ait fait l'objet d'un interrogatoire et d'un contre-interrogatoire. De plus, le juge de première instance ne mentionne pas, dans son jugement, la valeur qu'il attribuait à l'immeuble d'Antigua.

58 However, there was, in my view, enough indication in the record of the value of the property, such as its cost and rental income, which would allow the trial judge to make an assessment of the value of this property in the patrimony of the appellant. It would be necessary for the trial judge to have some idea of the value of this property in order for him to finally determine the amount of the compensatory allowance to be awarded to the appellant, since the trial judge must take into account the relative patrimonies of the parties in assessing the overall position of the parties. It is not necessary for the trial judge to set out all the factors and values he considers in determining an overall amount for a compensatory allowance, although certainly in the case at bar it would have been desirable had the trial judge given more elucidation of the factors he took into account in setting the compensatory allowance at \$150,000.

59 It must also be noted that the value of the Antigua property was not the only element of uncertainty or vagueness which was present in the evidence before the trial judge. The respondent was vague and uncooperative in his evidence as to the earnings of his company and as to the extent and the nature of his own assets, and did not support his claims with adequate documentation. For example, the respondent denied the existence of any financial statements of his company which would give evidence of the company's profit figures, and he contradicted in his own testimony the sales and profit figures for the few years that were available. Although the respondent did admit to owning assets worth in excess of \$1.5 million U.S., he made it impossible to verify either his own current net worth or the financial standing of his solely owned company.

Compensatory Allowance

60 To make a correct assessment of an amount for a compensatory allowance for the appellant, it would be necessary to know the extent of the respondent's patrimony and to know to what extent the contributions of the appellant benefited the respondent. In light of the uncertainty which this file presented, the trial judge surely made the best

J'estime, toutefois, que le dossier contenait suffisamment d'indices de la valeur de l'immeuble, comme son coût et le revenu de location qu'il générerait, pour permettre au juge de première instance d'en établir la valeur dans le patrimoine de l'appelante. Il faudrait que le juge de première instance ait une idée de la valeur de cet immeuble pour déterminer de façon définitive le montant de la prestation compensatoire à accorder à l'appelante, étant donné qu'il doit tenir compte des patrimoines relatifs des parties pour évaluer leur situation globale. Il n'est pas nécessaire que le juge de première instance énonce tous les facteurs et toutes les valeurs qu'il prend en considération pour fixer le montant global d'une prestation compensatoire, même s'il était sûrement souhaitable, en l'espèce, qu'il explique davantage ce sur quoi il s'est fondé pour fixer la prestation compensatoire à 150 000 \$.

Il faut également noter que la valeur de l'immeuble d'Antigua n'était pas le seul élément d'incertitude ou d'imprécision dans la preuve soumise au juge de première instance. L'intimé est demeuré évasif et peu coopératif dans son témoignage sur les profits de sa compagnie et sur l'importance et la nature de ses avoirs propres, et il n'a pas fourni de documentation adéquate à l'appui de ses demandes. Par exemple, il a nié l'existence d'états financiers de sa compagnie qui indiqueraient le montant des profits de la compagnie et, dans son propre témoignage, il a contredit les montants des ventes et des profits pour les quelques années où ils étaient disponibles. Bien que l'intimé ait admis que la valeur de ses avoirs propres dépassait 1,5 million de dollars américains, il n'a pas été possible de vérifier la valeur nette actuelle de ses avoirs propres ou la situation financière de la compagnie dont il est le seul propriétaire.

Prestation compensatoire

Pour bien évaluer le montant de la prestation compensatoire à verser à l'appelante, il faudrait connaître l'importance du patrimoine de l'intimé et savoir dans quelle mesure les apports de l'appelante l'ont avantagé. Compte tenu de l'incertitude qui caractérisait le présent dossier, le juge de première instance a sûrement procédé à la meilleure

assessment he could in determining what compensation should be awarded to the appellant. In reviewing the trial judge's decision, an appellate court must accord a considerable degree of deference to the discretion of the trial judge, and consider what might represent a reasonable range for a compensatory allowance, keeping in mind that any court addressing this question must approach the assessment flexibly, generously, and with regard to the overall situation of the parties. In my opinion, in the case at bar the respondent has not shown that the trial judge erred egregiously in his assessment of the evidence in coming to a figure of \$150,000 for a compensatory allowance.

The evidence discloses that the appellant made considerable contributions to the respondent's businesses, first from 1969 to 1971, and then from 1974 to 1983. The appellant was so closely involved in the respondent's second business in Antigua, and later on in Montreal, that it could be considered a joint enterprise between husband and wife, operated out of the parties' home. The appellant performed considerable administrative and secretarial work, up to five hours a day and sometimes for as many as seven days a week. When the respondent was away on business trips, which was often, he could entirely rely on the appellant to continue the day-to-day operations of the business. The appellant was also responsible for entertaining clients and suppliers. On the basis of this evidence, it could be said that the appellant had more of an executive role in the business than that of a secretary. The value of this contribution has to reflect the fruits that flowed from it. From a position of having lost all his savings in 1971 when the first business partly owned by the respondent went bankrupt, the respondent's investments in 1989 to which he admitted were in excess of \$1.5 million U.S. This can be compared to the impoverishment of the appellant, which is the prejudice to her own career in order to further the business of her husband. At the time of their marriage in 1969, the appellant had gained considerable experience in banking administration. However, at the time of their separation in 1988, the appellant's age and

évaluation possible pour déterminer quelle compensation devrait être accordée à l'appelante. Un tribunal d'appel doit, en contrôlant la décision du juge de première instance, avoir beaucoup de déférence pour le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance et examiner ce qui pourrait représenter une fourchette raisonnable pour une prestation compensatoire, sans oublier que tout tribunal saisi de cette question doit aborder l'évaluation de manière souple et libérale et tenir compte de la situation globale des parties. À mon avis, l'intimé n'a pas établi, en l'espèce, que le juge de première instance a commis une erreur marquée dans son appréciation de la preuve, en fixant à 150 000 \$ la prestation compensatoire en cause.

Il ressort de la preuve que l'appelante a fourni des apports considérables aux entreprises de l'intimé, d'abord de 1969 à 1971, et ensuite de 1974 à 1983. Elle a participé si étroitement à la deuxième entreprise de l'intimé à Antigua, et plus tard à Montréal, qu'on pourrait considérer qu'il s'agissait d'une entreprise commune du mari et de l'épouse, qui était exploitée depuis la résidence des parties. L'appelante exécutait de nombreuses tâches d'administration et de secrétariat pendant jusqu'à cinq heures par jour et parfois jusqu'à sept jours par semaine. Lorsque l'intimé était en voyage d'affaires, ce qui était fréquent, il pouvait compter totalement sur l'appelante en ce qui concernait les activités quotidiennes de l'entreprise. L'appelante était également chargée de recevoir les clients et les fournisseurs. Compte tenu de ces éléments de preuve, on pourrait dire que l'appelante jouait davantage un rôle de cadre que de secrétaire dans l'entreprise. La valeur de cet apport doit refléter les fruits qui en ont découlé. Après avoir perdu toutes ses économies en 1971 lors de la faillite de la première entreprise qu'il possédait en partie, l'intimé comptait, en 1989, des placements qui, de son propre aveu, dépassaient 1,5 million de dollars américains. Cela peut être mis en parallèle avec l'appauvrissement de l'appelante, qui est le tort causé à sa propre carrière afin de favoriser l'entreprise de son mari. À l'époque de leur mariage en 1969, l'appelante possédait une expérience considérable en administration bancaire. Cependant, au

lack of French language skills seriously compromised her ability to resume any career.

moment de leur séparation en 1988, les chances de l'appelante d'entreprendre une nouvelle carrière étaient grandement compromises en raison de son âge et de sa connaissance limitée de la langue française.

62

From the judgment of Boudreault J., the Court of Appeal effectively subtracted the compensatory allowance to the appellant, added a compensatory allowance of \$100,000 for the respondent, and ordered the retroactive repayment of the excess support payments. As of the date of its judgment, then, the Court of Appeal reduced the patrimony of the appellant by well over \$250,000 relative to what the trial judge had seen as a fair distribution of the property after separation. The Court of Appeal declined, however, to interfere with the amount of alimentary support which the trial judge had awarded the appellant, although there is no indication that it considered whether this amount would be sufficient in light of the fact that the appellant's equity was considerably decreased compared to what the trial judge had ordered. The Court of Appeal did not consider either whether it should reexamine the trial judge's decision not to award a lump sum payment, which the trial judge declined to do partly because of the considerable compensatory allowance which he awarded. An appellate court may not correct an error in the trial judgment with respect to one piece of property without then going on to determine whether such a correction would affect other aspects of the corollary relief ordered by the trial judge. Courts must take a global look at the situation of the parties in determining these issues of corollary relief such as awards of compensatory allowance, lump sum payment, or alimentary support.

La Cour d'appel a effectivement retranché du jugement du juge Boudreault la prestation compensatoire accordée à l'appelante, ajouté une prestation compensatoire de 100 000 \$ destinée à l'intimé et ordonné le remboursement rétroactif des versements excédentaires de pension alimentaire. À la date de son jugement, la Cour d'appel a donc réduit le patrimoine de l'appelante de plus de 250 000 \$ par rapport à ce que le juge de première instance avait considéré comme un juste partage des biens après la séparation. La Cour d'appel a toutefois refusé de modifier le montant de la pension alimentaire que le juge de première instance avait accordée à l'appelante, même si rien n'indique qu'elle s'est demandé si ce montant serait suffisant compte tenu du fait que les avoirs nets de l'appelante étaient considérablement réduits par rapport à ce que le juge de première instance avait ordonné. La Cour d'appel ne s'est pas demandé non plus si elle devrait réexaminer la décision du juge de première instance de ne pas accorder une somme forfaitaire en partie à cause de l'importante prestation compensatoire qu'il accordait. Un tribunal d'appel ne peut pas corriger une erreur commise dans le jugement de première instance relativement à un bien particulier sans ensuite se demander si une telle correction influencerait sur d'autres aspects des mesures accessoires ordonnées par le juge de première instance. Les tribunaux doivent examiner globalement la situation des parties pour décider des mesures accessoires comme les prestations compensatoires, les paiements d'une somme forfaitaire ou les pensions alimentaires.

63

As discussed above, even though the trial judge may have erred in his reasons for declining to award a compensatory allowance to the respondent, there was sufficient evidence in the record to justify this conclusion by the trial judge on other grounds. There was also, in my view, sufficient evidence in the record to allow the trial judge to

Comme on l'a vu précédemment, même si le juge de première instance a pu commettre une erreur dans les motifs qu'il a exposés pour refuser d'accorder une prestation compensatoire à l'intimé, il y avait suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour justifier autrement la conclusion du juge de première instance. À mon avis, il y avait

assess the separate patrimonies of the two parties and to determine how much of a compensatory allowance to award the appellant, assuming that she was the owner of both the Montreal and the Antigua properties. On my reading of the evidence, I cannot conclude that the trial judge has erred egregiously in exercising his discretion in awarding the appellant a compensatory allowance of \$150,000, or in any other aspect of his order. Therefore, with respect, I conclude that in the result the Court of Appeal was not justified in intervening in the trial judge's decision. I would allow the present appeal and restore the order of the trial judge, with costs throughout in favour of the appellant.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Miriam Grassby & Associées, Montreal.

Solicitors for the respondent: Kravitz & Kravitz, St-Laurent.

également suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour permettre au juge de première instance d'évaluer les patrimoines respectifs des deux parties et de déterminer le montant de la prestation compensatoire à accorder à l'appelante, en tenant pour acquis qu'elle était propriétaire à la fois de l'immeuble de Montréal et de celui d'Antigua. Selon mon interprétation de la preuve, je ne puis conclure que le juge de première instance a commis une erreur marquée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en accordant à l'appelante une prestation compensatoire de 150 000 \$, ou dans tout autre aspect de son ordonnance. Je conclus donc, en toute déférence, que la Cour d'appel n'était pas justifiée, en définitive, d'intervenir dans la décision du juge de première instance. Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Miriam Grassby & Associées, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Kravitz & Kravitz, St-Laurent.

Fred Harvey *Appellant*

v.

The Attorney General for New Brunswick, the Minister of Municipalities, Culture and Housing, Dennis Cochrane and Hazen Myers *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec *Interveners*

INDEXED AS: HARVEY v. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 23968.

1996: February 19; 1996: August 22.

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 — Right to be qualified for membership in legislature — Member of provincial legislature convicted of illegal practice and expelled from legislature pursuant to provincial elections legislation — Legislation also disqualifying anyone convicted of illegal practice from holding electoral office for five years — Whether disqualifications infringe s. 3 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 119(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Member of provincial legislature convicted of illegal practice and expelled from legislature pursuant to provincial elections legislation — Legislation also disqualifying anyone convicted of illegal practice from holding electoral office for five years — Whether disqualifications infringe s. 12 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 119(c).

Fred Harvey *Appelant*

c.

Le procureur général du Nouveau-Brunswick, le ministre des Municipalités, de la Culture et de l'Habitation, Dennis Cochrane et Hazen Myers *Intimés*

et

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

RÉPERTORIÉ: HARVEY c. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 23968.

1996: 19 février; 1996: 22 août.

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 — Droit à l'éligibilité aux élections provinciales — Député provincial déclaré coupable d'un acte illicite et expulsé de la législature conformément à la loi électorale provinciale — Loi rendant également quiconque est déclaré coupable d'un acte illicite inhabile à occuper une charge de député pendant une période de cinq ans — Ces inhabilités violent-elles l'art. 3 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 119c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Député provincial déclaré coupable d'un acte illicite et expulsé de la législature conformément à la loi électorale provinciale — Loi rendant également quiconque est déclaré coupable d'un acte illicite inhabile à occuper une charge de député pendant une période de cinq ans — Ces inhabilités violent-elles l'art. 12 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 119c).

The appellant was elected to the New Brunswick Legislative Assembly in 1991. Following that election he was convicted of committing an illegal practice under the *Elections Act* and was expelled from the legislature under s. 119(c). He had induced a 16-year-old female to vote in the election, knowing that she was not eligible to vote. The trial judge allowed the appellant's constitutional challenge in part, holding that ss. 119(a) and 119(c) of the *Elections Act* violated the appellant's rights guaranteed by s. 3 of the *Charter*. Section 119(a) disqualifies anyone convicted of an illegal practice from voting in an election for a period of five years. The trial judge further held that s. 119(a) and the first part of s. 119(c), which prevented the appellant from seeking re-election for a period of five years, were not justified under s. 1 of the *Charter*, but that the second portion of s. 119(c), which required a sitting member to vacate his seat on conviction for a corrupt or illegal practice, was a reasonable limit under s. 1. The judge then proceeded to sever the invalid provisions of s. 119 from the remainder. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal and, in a majority decision, allowed the cross-appeal with respect to the trial judge's finding that the five-year disqualification provision of s. 119(c) was unconstitutional.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: There is no question that the appellant's actions amounted to an attack on the integrity of the electoral process which is at the heart of a free and democratic society and constituted a breach of trust deserving of censure. Given that the parties have chosen not to ground their argument on the basis that the expulsion and disqualification are privileges of the Legislative Assembly, and given that there were no submissions by any party on the point, it will be assumed that the provisions of s. 119(c) are subject to the *Charter*. The provisions of s. 119(c) are *prima facie* unconstitutional as violating the appellant's rights under s. 3 of the *Charter*. While the English version of s. 3, which provides for a "right . . . to be qualified for membership" in a legislative assembly, is somewhat ambiguous, the French version is straightforward and indicates that the right to be a candidate and to sit as a member of Parliament or a legislative assembly should be read in a broad manner. In interpreting the right to vote under s. 3, this Court, and Canadian courts in general, have taken the approach that the justification for limitations on the right must be

L'appelant a été élu à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick en 1991. Après l'élection, il a été déclaré coupable d'un acte illicite au sens de la *Loi électorale* et a été expulsé de la législature en vertu de l'al. 119c). Il avait incité une jeune femme de 16 ans à voter à l'élection, tout en sachant qu'elle n'avait pas le droit de voter. Le juge de première instance a accueilli en partie la contestation constitutionnelle de l'appelant, statuant que les al. 119a) et 119c) de la *Loi électorale* violaient les droits garantis à l'appelant par l'art. 3 de la *Charte*. L'alinéa 119a) rend quiconque est déclaré coupable d'un acte illicite inhabile à voter à une élection pendant une période de cinq ans. Le juge de première instance a également conclu que l'al. 119a) et la première partie de l'al. 119c), qui empêchait, pendant une période de cinq ans, l'appelant de solliciter sa réélection, n'étaient pas justifiés au sens de l'article premier de la *Charte*, mais que la deuxième partie de l'al. 119c), qui exigeait que le député siégeant déjà à l'Assemblée législative quitte son siège lorsqu'il est déclaré coupable d'une manœuvre frauduleuse ou d'un acte illicite, constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier. Le juge a ensuite dissocié les dispositions invalides de l'art. 119 des autres dispositions de cet article. La Cour d'appel a débouté l'appelant et, dans un arrêt majoritaire, a accueilli l'appel incident relatif à la conclusion du juge de première instance que la disposition de l'al. 119c) créant la période d'inhabilité de cinq ans était inconstitutionnelle.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Il ne fait aucun doute que les actes de l'appelant ont constitué une atteinte à l'intégrité du processus électoral — qui est un aspect fondamental d'une société libre et démocratique — ainsi qu'un abus de confiance répréhensible. Étant donné que les parties ont choisi de ne pas fonder leur argumentation sur le fait que l'expulsion et l'inéligibilité sont des privilèges de l'Assemblée législative, et vu que les parties n'ont avancé aucun argument à ce sujet, on tiendra pour acquis que les dispositions de l'al. 119c) sont assujetties à la *Charte*. Les dispositions de l'al. 119c) sont inconstitutionnelles à première vue car elles violent les droits que l'art. 3 de la *Charte* garantit à l'appelant. Alors que le texte anglais de l'art. 3, qui prescrit un «*right [. . .] to be qualified for membership [in a legislative assembly]*», est quelque peu ambigu, le texte français est simple et indique que le droit d'être candidat et de siéger en tant que député fédéral ou provincial devrait être interprété de manière large. Pour interpréter le droit de vote prévu à l'art. 3, notre Cour et les tribunaux canadiens en général ont adopté le point de vue selon lequel la justifi-

grounded in s. 1 of the *Charter*, and there is no justification in the wording for taking a different approach to the right to stand for election and become a member of Parliament or a legislative assembly.

Section 119(c) of the *Elections Act* is a justified infringement upon the right to be qualified for membership in the Legislative Assembly under s. 1 of the *Charter*. The primary goal of the impugned legislation, which is to maintain and enhance the integrity of the electoral process, is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society. There is also a rational connection between the means employed in s. 119(c) and the section's objective. The requirement that an elected MLA vacate his seat on being convicted of a corrupt or illegal election offence logically furthers the objective of preserving the integrity of the election process, and the five-year disqualification acts as a strong deterrent and helps to promote confidence in the electoral system. Section 119(c) is not arbitrary in that it applies only to a specified group of individuals who are convicted of specified offences. That part of s. 119(c) that requires convicted individuals to vacate their legislative seat is an appropriate response and in no way overreaches the target when the objective of maintaining the integrity of the electoral process is considered. The imposition of the five-year disqualification also meets the minimal impairment test. In settling on a five-year disqualification the legislature has ensured that the appellant is ineligible to run in the next general election. In addition, a five-year disqualification provides for a time of cleansing, allowing the integrity of the electoral process to be renewed both in real terms and in the mind of the electorate. Finally, the effects of s. 119(c) are proportional to its objective of ensuring, preserving, and protecting the integrity of the electoral process, subject to the *caveat* that the five-year disqualification would cease to apply if a member's conviction was overturned on appeal.

The provisions of s. 119(c) do not amount to cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*. Even if the disqualifications are properly classified as "punishment", a given punishment is cruel and unusual only if it is so excessive as to outrage standards of decency or if it is grossly disproportionate to the offence. On the basis of these tests, the disqualifications imposed by s. 119(c) do not violate s. 12 of the *Charter*, either with regard to the particular offence committed by

cation des limites imposées à ce droit doit être examinée en vertu de l'article premier de la *Charte*, et rien dans son libellé ne justifie l'adoption d'une façon différente d'aborder le droit d'être candidat à une élection et de devenir député fédéral ou provincial.

L'alinéa 119c) de la *Loi électorale* constitue une atteinte justifiée au droit d'être éligible à l'Assemblée législative, au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif premier de la loi contestée, qui est de maintenir et de renforcer l'intégrité du processus électoral, est toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique. Il y a également un lien rationnel entre les moyens utilisés à l'al. 119c) et l'objectif de la disposition. L'obligation faite au député d'abandonner son siège s'il est déclaré coupable d'une manœuvre frauduleuse ou d'une infraction électorale favorise logiquement la réalisation de l'objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral, et la période d'inéligibilité de cinq ans constitue un bon moyen de dissuasion et contribue à donner confiance dans le système électoral. L'alinéa 119c) n'est pas arbitraire du fait qu'il s'applique seulement à un groupe précis de personnes déclarées coupables d'infractions précises. La partie de l'al. 119c) qui contraint les personnes déclarées coupables à quitter leur siège à l'assemblée législative est une solution appropriée et ne va pas trop loin, compte tenu de l'objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral. L'imposition d'une période d'inéligibilité de cinq ans satisfait également au critère de l'atteinte minimale. En optant pour une période d'inéligibilité de cinq ans, le législateur a fait en sorte que l'appelant ne puisse pas se porter candidat à l'élection générale suivante. De plus, la période d'inéligibilité de cinq ans est un temps de purification qui permet de rétablir l'intégrité du processus électoral tant dans les faits que dans l'esprit des électeurs. Enfin, les effets de l'al. 119c) sont proportionnels à son objectif qui est de garantir et de préserver l'intégrité du processus électoral, compte tenu toutefois de la réserve selon laquelle la période d'inéligibilité de cinq ans prend fin si la déclaration de culpabilité d'un député est infirmée en appel.

Les dispositions de l'al. 119c) n'établissent pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. Même s'il est juste de qualifier les inhabilités de «peines», une peine donnée est cruelle et inusitée seulement si elle est excessive au point d'être incompatible avec la dignité humaine ou si elle est exagérément disproportionnée à l'infraction. Compte tenu de ces critères, les inhabilités prescrites par l'al. 119c) ne violent pas l'art. 12 de la *Charte*, soit en regard de l'infraction

the appellant or with regard to the range of offences under the *Elections Act* to which s. 119(c) can apply.

Since no appeal was taken in respect of the trial judge's ruling that s. 119(a) is unconstitutional, that ruling must stand but the provision can be severed from the remainder of the section.

Per Lamer C.J.: Since the parliamentary privilege at issue is embodied in, or being exercised pursuant to, legislation enacted by the legislature, the *Charter* clearly applies in this case and the appeal should be dismissed for the reasons given by La Forest J.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The disqualification for office raised in this case falls within the historical privilege of the legislature and is hence immune from judicial review. Parliament and the legislatures of Canada have the power to regulate their procedures both inside and outside the legislative chamber. The preamble to the *Constitution Act, 1867* affirms a parliamentary system of government, incorporating into the Canadian Constitution the right of Parliament and the legislatures to regulate their own affairs. It also incorporates the notion of the separation of powers, which precludes the courts from trenching on the internal affairs of the other branches of government. Because parliamentary privilege enjoys constitutional status it is not subject to the *Charter*. The necessary reconciliation of parliamentary privilege and s. 3 of the *Charter* is achieved by interpreting the democratic guarantees of s. 3 in a purposive way. The purpose of the democratic guarantees in the *Charter* must be taken to be the preservation of democratic values inherent in the existing Canadian Constitution, including the fundamental constitutional right of Parliament and the legislatures to regulate their own proceedings. Since express words would be required to overthrow such an important constitutional principle as parliamentary privilege, s. 3 of the *Charter* must be read as being consistent with parliamentary privilege. This does not leave s. 3 without meaning, however, since it still operates to prevent citizens from being disqualified from holding office on grounds which fall outside the rules by which Parliament and the legislatures conduct their business, such as race and gender. The courts may review an act or ruling of the legislature to determine whether it properly falls within the domain of parliamentary privilege. If it does not, they may proceed with *Charter* review. If it does, they must leave the matter to the legislature.

particulière commise par l'appellant soit en regard de la gamme des infractions à la *Loi électorale* auxquelles peut s'appliquer l'al. 119c).

Puisque aucun appel n'a été interjeté à l'égard de la décision du juge de première instance que l'al. 119a) est inconstitutionnel, cette décision demeure valide, mais la disposition peut être dissociée du reste de l'article.

Le juge en chef Lamer: Comme le privilège parlementaire en cause est compris dans la loi adoptée par la législature ou est exercé conformément à cette loi, la *Charte* s'applique clairement en l'espèce et le pourvoi est rejeté pour les raisons données par le juge La Forest.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: L'inhabilité à occuper une charge qui est soulevée en l'espèce relève du privilège historique de la législature et échappe donc au contrôle judiciaire. Le Parlement et les législatures du Canada ont le pouvoir de régler leur procédure tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur enceinte. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* proclame l'existence d'un régime parlementaire de gouvernement, qui incorpore dans la Constitution canadienne le droit du Parlement et des législatures de régler leurs propres affaires. Il incorpore également la notion de séparation des pouvoirs qui interdit aux tribunaux d'empiéter sur les affaires internes des autres branches de gouvernement. Vu que le privilège parlementaire jouit d'un statut constitutionnel, il n'est pas assujéti à la *Charte*. La conciliation nécessaire du privilège parlementaire et de l'art. 3 de la *Charte* est réalisée en donnant aux garanties démocratiques de l'art. 3 une interprétation fondée sur l'objet visé. Il faut considérer que les garanties démocratiques de la *Charte* visent à préserver les valeurs démocratiques inhérentes à la Constitution canadienne actuelle, dont le droit constitutionnel fondamental du Parlement et des législatures de régler leurs propres débats. Puisqu'un principe constitutionnel aussi important que le privilège parlementaire ne peut être renversé que de façon expresse, l'art. 3 de la *Charte* doit être interprété comme étant compatible avec le privilège parlementaire. Cependant, cela ne dépouille pas de tout sens l'art. 3, car cet article a encore pour effet d'empêcher que des citoyens deviennent inhabiles à occuper une charge pour des motifs non visés par les règles auxquelles le Parlement et les législatures assujétissent la conduite de leurs affaires, comme la race et le sexe. Les tribunaux peuvent examiner une mesure ou une décision de la législature pour déterminer si elle relève du privilège parlementaire. Si elle n'en relève pas, ils peuvent effectuer un examen fondé sur la *Charte*. Si elle en relève, ils doivent laisser à la législature le soin d'examiner cette question.

Expulsion from the legislature of members deemed unfit is a proper exercise of parliamentary privilege. It is clear that had the New Brunswick legislature simply expelled the appellant, that decision would fall squarely within its parliamentary privilege and the courts would have no power to review it. Disqualification may be argued to fall within parliamentary privilege on two grounds: first, as a means of making expulsion effective; and second, as a privilege in its own right. Disqualification is necessary to prevent the person from simply seeking re-election in the first available by-election, often in the very riding vacated by the expulsion order. Disqualification may also fall within parliamentary privilege in its own right. It serves the same purposes as expulsion for acts committed outside the legislature, which has long been recognized as privileged. The legislature should be permitted to determine in advance of the person taking office whether he or she is fit to serve, rather than being required to wait until the person assumes office. Since the appellant's disqualification was a legitimate exercise of parliamentary privilege, that disqualification must stand.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622; *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628; *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; *MacLean v. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Miller* (1988), 65 O.R. (2d) 746; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *RJR-*

L'expulsion de la législature des députés jugés inaptes à siéger est un exercice approprié du privilège parlementaire. Il est évident que, si la législature du Nouveau-Brunswick avait simplement expulsé l'appellant, cette décision relèverait directement de son privilège parlementaire et les tribunaux n'auraient pas le pouvoir de l'examiner. On peut soutenir que l'inéligibilité relève du privilège parlementaire pour deux raisons: premièrement, en tant que moyen de rendre l'expulsion efficace, et deuxièmement, en tant que privilège en soi. L'inéligibilité est nécessaire pour empêcher cette personne de chercher simplement à se faire réélire à la première élection complémentaire venue, souvent dans la circonscription même qui est devenue vacante en raison de l'ordonnance d'expulsion. L'inéligibilité peut également relever du privilège parlementaire en tant que privilège en soi. Elle sert les mêmes fins que l'expulsion pour des actes accomplis à l'extérieur de la législature, qui a longtemps été reconnue comme constituant un privilège. La législature devrait pouvoir déterminer à l'avance si la personne qui entre en fonction est apte ou non à occuper sa charge, plutôt que de devoir attendre que la personne remplisse ses fonctions. Comme l'inhabilité à siéger de l'appellant représentait un exercice légitime du privilège parlementaire, elle doit être maintenue.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622; *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628; *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; *MacLean c. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Miller* (1988), 65 O.R. (2d) 746; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Lavigne c. Syndicat*

MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

By Lamer C.J.

Distinguished: *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319.

By McLachlin J.

Referred to: *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 4, 12, 15, 32, 33.

Commonwealth Electoral Act 1918 (Aus.), No. 27 of 1918.

Constitution Act, 1867, preamble, s. 39.

Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, ss. 111(1), 118(2), 119(a), (b), (c).

Electoral Act 1993 (N.Z.), 1993, No. 87.

Legislative Assembly Act, R.S.N.B. 1973, c. L-3, s. 24.
Parliamentary Papers Act, 1840 (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 9.

Representation of the People Act 1983 (U.K.), 1983, c. 2.

Authors Cited

American Jurisprudence, vol. 26, 2d ed. Rochester: Lawyers Cooperative, 1996.

Bourinot, John George, Sir. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 2nd ed. Montreal: Dawson Bros., 1892.

Dawson's The Government of Canada, 6th ed. Toronto: University of Toronto Press, 1987.

Heard, Andrew. "The Expulsion and Disqualification of Legislators: Parliamentary Privilege and the Charter of Rights" (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 380.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Maingot, Joseph. *Parliamentary Privilege in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.

May, Thomas Erskine, Sir. *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament*, 5th ed. London: Butterworths, 1863.

des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Citée par le juge en chef Lamer

Distinction d'avec l'arrêt: *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112.

Lois et règlements

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 4, 12, 15, 32, 33.

Commonwealth Electoral Act 1918 (Austr.), n° 27 de 1918.

Electoral Act 1993 (N.-Z.), 1993, n° 87.

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 39.

Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 111(1), 118(2), 119a), b), c).

Loi sur l'Assemblée législative, L.R.N.-B. 1973, ch. L-3, art. 24.

Parliamentary Papers Act, 1840 (R.-U.), 3 & 4 Vict., ch. 9.

Representation of the People Act 1983 (R.-U.), 1983, ch. 2.

Doctrine citée

American Jurisprudence, vol. 26, 2d ed. Rochester: Lawyers Cooperative, 1996.

Bourinot, John George, Sir. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 2nd ed. Montreal: Dawson Bros., 1892.

Dawson's The Government of Canada, 6th ed. Toronto: University of Toronto Press, 1987.

Heard, Andrew. «The Expulsion and Disqualification of Legislators: Parliamentary Privilege and the Charter of Rights» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 380.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (feuilles mobiles).

Maingot, Joseph. *Le privilège parlementaire au Canada*. Cowansville: Yvon Blais, 1987.

May, Thomas Erskine, Sir. *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament*, 5th ed. London: Butterworths, 1863.

Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1994, "éligible".

Pelletier, Marcel R. "Privilege in the Canadian Parliament" (1973), 54 *Parliamentarian* 143.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1993), 141 N.B.R. (2d) 117, 361 A.P.R. 117, 109 D.L.R. (4th) 371, varying a judgment of the Court of Queen's Bench (1993), 133 N.B.R. (2d) 181, 341 A.P.R. 181, declaring certain provisions of the New Brunswick *Elections Act* unconstitutional. Appeal dismissed.

E. J. Mockler, Q.C., for the appellant.

Bruce Judah, Q.C., for the respondents the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Municipalities, Culture and Housing.

Graham Garton, Q.C., and *Stephen Zaluski*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney and *Alan Stewart*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues and agree with Justice La Forest that s. 119(c) of the New Brunswick *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, constitutes a reasonable and demonstrably justified restriction on s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. My colleague Justice McLachlin reaches the same conclusion by way of a different line of reasoning. In her view, the expulsion and disqualification provisions of s. 119(c) are immune from *Charter* review because they fall within the valid exercise of parliamentary privilege. My colleague La Forest J. has decided not to address this issue because it was raised by an intervener, who must take the case as he or she finds it, and given the fact that there were no submissions by any party on the point. I feel it necessary to discuss briefly how this case differs, at least

Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1994, «éligible».

Pelletier, Marcel R. «Privilege in the Canadian Parliament» (1973), 54 *Parliamentarian* 143.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1993), 141 R.N.-B. (2^e) 117, 361 A.P.R. 117, 109 D.L.R. (4th) 371, qui a modifié un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 181, 341 A.P.R. 181, déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick. Pourvoi rejeté.

E. J. Mockler, c.r., pour l'appelant.

Bruce Judah, c.r., pour les intimés le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre des Municipalités, de la Culture et de l'Habitation.

Graham Garton, c.r., et *Stephen Zaluski*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney et *Alan Stewart*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par Dominique A. Jobin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues et je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que l'al. 119c) de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, constitue une limite à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer. Ma collègue le juge McLachlin arrive à la même conclusion au moyen d'un raisonnement différent. À son avis, les dispositions de l'al. 119c) relatives à l'expulsion et à l'inéligibilité échappent à l'examen fondé sur la *Charte* parce qu'elles relèvent de l'exercice valide du privilège parlementaire. Mon collègue le juge La Forest a décidé de ne pas aborder cette question parce qu'elle a été soulevée par un intervenant, qui doit prendre part à l'affaire telle qu'elle se présente, et parce qu'aucune des parties n'avait avancé des argu-

in my view, from the one before us in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, and, therefore, why it is not necessary for me to consider the line of reasoning proposed by McLachlin J. in addition to those reasons given by La Forest J.

In the *New Brunswick Broadcasting* case, a majority of this Court was of the view that the *Charter* did not apply to the exercise of the inherent privilege of members of the House of Assembly to exclude strangers as this privilege enjoyed constitutional status as part of the Constitution of Canada. I concurred in the result, but for a very different reason. I was of the view that the first question to be addressed in this context is to look at whether the parliamentary privilege at issue is embodied in, or being exercised pursuant to, legislation enacted by the legislature, on the one hand, or pursuant to the internal and inherent “rules” or “resolutions” of a House of Assembly to govern its proceedings on the other. In the case of the former, the *Charter* clearly applies as the action falls within the meaning of the words “legislature” or “government” in s. 32 of the *Charter*. In this regard, I held (at p. 364):

There is no doubt that [privileges are clearly “matters within the authority of the legislatures of each province”] . . . in the sense that the provincial legislatures have the power to legislate in relation to privileges. The legislation that the provinces have enacted with respect to privileges will be reviewable under the *Charter* as is all other legislation. [Emphasis added.]

In the context of internal and inherent “rules” or “resolutions”, I was of the view in *New Brunswick Broadcasting* that s. 32 is not triggered and therefore the *Charter* does not apply. I therefore did not need to decide whether the parliamentary privilege at issue in that case had achieved constitutional status by reason of the preamble to the *Constitution Act, 1867*. I was, however, unconvinced by the reasons of the majority, in that case, that those

ments sur ce point. J’estime nécessaire d’expliquer brièvement en quoi le présent pourvoi diffère, tout au moins selon moi, de l’arrêt de notre Cour *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, et donc pourquoi je n’ai pas à examiner le raisonnement proposé par le juge McLachlin, en plus des motifs du juge La Forest.

Dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting*, notre Cour à la majorité était d’avis que la *Charte* ne s’appliquait pas à l’exercice du privilège inhérent d’exclure des étrangers que possèdent les députés de l’Assemblée législative, du fait que ce privilège jouissait d’un statut constitutionnel en tant que partie intégrante de la Constitution du Canada. J’ai souscrit au résultat, mais pour une raison très différente. J’étais d’avis que la première question qu’il faut aborder dans ce contexte est de savoir, d’une part, si le privilège parlementaire en cause est compris dans la loi adoptée par la législature ou s’il est exercé conformément à cette loi, ou d’autre part, s’il est exercé conformément aux «règles» ou «résolutions» internes et inhérentes d’une assemblée législative dans le but de régir ses débats. Dans le premier cas, la *Charte* s’applique manifestement puisque l’action est visée par les mots «législature» ou «gouvernement» utilisés à l’art. 32 de la *Charte*. J’ai conclu à cet égard (à la p. 364):

Il ne fait aucun doute que [les privilèges sont clairement des «domaines relevant de [la] législature [de chaque province]»] [. . .] en ce sens que les législatures provinciales ont le pouvoir de légiférer en matière de privilèges. Les lois que les provinces ont adoptées en ce qui concerne les privilèges pourront faire l’objet d’un examen fondé sur la *Charte* comme toute autre loi. [Je souligne.]

Dans le contexte des «règles» ou «résolutions» internes et inhérentes, j’étais d’avis, dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting*, que l’application de l’art. 32 n’est pas déclenchée et que la *Charte* ne s’applique donc pas. Par conséquent, je n’avais pas à décider si le privilège parlementaire en cause dans cette affaire avait acquis un statut constitutionnel en raison du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les motifs majoritaires dans cet

privileges not dependent on statute for their existence had been granted a constitutional status by the preamble of the *Constitution Act, 1867* and remain so today. However, I will leave it to another day when the issue is properly before this Court.

3 As the *Charter* clearly applies in this case, for the reasons I gave in *New Brunswick Broadcasting*, I would dismiss the appeal for the reasons of my colleague La Forest J.

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

4 LA FOREST J. — At issue in this appeal is whether the provisions of s. 119(c) of the *New Brunswick Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, violate s. 3 or s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether they are saved by s. 1. These provisions prescribe that on being convicted of an illegal or corrupt practice pursuant to the *Elections Act*, a member's seat shall be vacated and he or she shall be disqualified from running as a candidate for five years.

Facts

5 The appellant, Harvey, was elected in September 1991 to represent the electoral district of Carleton North in the Legislative Assembly of New Brunswick. Following that election he was charged with and convicted of an offence under ss. 111(1) and 118(2) of the *Elections Act*, which read:

111 (1) Every person who induces or procures any other person to vote at an election, knowing that such other person is for any reason not qualified to vote at the election, is guilty of an illegal practice.

118 (2) Any person who commits an illegal practice is guilty of an offence against this Act and on summary conviction is liable to a fine not exceeding five hundred dollars.

arrêt ne m'ont pas convaincu, pas plus que je ne le suis aujourd'hui, que les privilèges qui ne doivent pas leur existence à une loi se sont vu conférer un statut constitutionnel par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, je vais reporter l'analyse de cette question au moment où notre Cour en sera dûment saisie.

Comme la *Charte* s'applique clairement en l'espèce, pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les raisons données par mon collègue le juge La Forest.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE LA FOREST — Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si les dispositions de l'al. 119c) de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, violent l'art. 3 ou l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si elles sont néanmoins valides en vertu de l'article premier. Aux termes de ces dispositions le député qui est déclaré coupable d'une manœuvre frauduleuse ou d'un acte illicite en vertu de la *Loi électorale* est inhabile à se porter candidat pendant cinq ans, et son siège devient vacant.

Les faits

L'appelant, M. Harvey, a été élu en septembre 1991 pour représenter la circonscription électorale de Carleton-Nord à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick. Après l'élection, il a été accusé et déclaré coupable d'avoir enfreint les par. 111(1) et 118(2) de la *Loi électorale*, qui sont libellés ainsi:

111 (1) Est coupable d'un acte illicite quiconque incite ou encourage une autre personne à voter à une élection, sachant que cette autre personne est pour un motif quelconque inhabile à voter à cette élection.

118 (2) Quiconque commet un acte illicite est coupable d'une infraction à la présente loi et est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende de cinq cents dollars au plus.

The appellant had induced a 16-year-old female to vote in the election, knowing that she was not eligible to vote. The appellant's conviction was upheld on appeal and his application for leave to appeal to this Court was dismissed on May 19, 1994: [1994] 2 S.C.R. vii.

By letter dated January 6, 1993, the respondents Cochrane and Myers, who at the time were both members of the Legislative Assembly, certified to the respondent Minister pursuant to s. 24 of the *Legislative Assembly Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-3, that the seat for the constituency of Carleton North was vacant. They informed the Minister that the vacancy resulted from the appellant's disqualification under s. 119(c) of the *Elections Act*, by reason of his conviction of an illegal practice. On January 14, 1993, the Minister reported the notification to the Lieutenant-Governor in Council. Section 119 reads:

119 Any person who is convicted of having committed any offence that is a corrupt or illegal practice shall, during the five years next after the date of his being convicted, in addition to any other punishment by this or any other Act prescribed, be disqualified from and be incapable of

- (a) being registered as an elector or of voting at any election,
- (b) holding any office in the nomination of the Crown or of the Lieutenant-Governor in Council, or
- (c) being elected to or sitting in the Legislative Assembly and, if at such date he has been elected to the Legislative Assembly, his seat shall be vacated from the time of such conviction.

On January 13, 1993, the appellant commenced proceedings to challenge the constitutionality of s. 119 of the *Elections Act* and certain sections of the *Legislative Assembly Act*. The trial judge allowed the application in part, holding that ss. 119(a) and 119(c) of the *Elections Act* violated the appellant's rights guaranteed by s. 3 of the *Charter*: (1993), 133 N.B.R. (2d) 181, 341 A.P.R. 181. Section 119(b) was not in issue. The trial judge further held that s. 119(a) and the first part of s. 119(c), which prevented the appellant from seeking re-election for a period of five years, were not justifi-

L'appellant avait incité une jeune femme de 16 ans à voter à l'élection, tout en sachant qu'elle n'avait pas le droit de voter. La déclaration de culpabilité de l'appellant a été maintenue en appel, et sa demande d'autorisation de pourvoi à notre Cour a été rejetée le 19 mai 1994: [1994] 2 R.C.S. vii.

Par lettre en date du 6 janvier 1993, les intimés Cochrane et Myers, qui, à l'époque, étaient tous deux députés à l'Assemblée législative, ont certifié au ministre intimé, conformément à l'art. 24 de la *Loi sur l'Assemblée législative*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-3, que le siège de la circonscription électorale de Carleton-Nord était vacant. Ils ont informé le Ministre que cette vacance résultait de l'incapacité qui, en vertu de l'al. 119c) de la *Loi électorale*, frappait l'appellant du fait qu'il avait été déclaré coupable d'un acte illicite. Le 14 janvier 1993, le Ministre a signalé cette notification au lieutenant-gouverneur en conseil. L'article 119 est rédigé ainsi:

119 Quiconque est déclaré coupable d'une infraction constituant une manœuvre frauduleuse ou un acte illicite est, pendant les cinq années qui suivent la date de sa déclaration de culpabilité, en plus de toute autre peine imposée par la présente loi ou par toute autre loi, privé du droit et incapable

- a) d'être inscrit comme électeur ou de voter à une élection,
- b) de remplir une charge dont la Couronne ou le lieutenant-gouverneur en conseil nomme le titulaire, ou
- c) d'être élu ou de siéger à l'Assemblée législative et, s'il est déjà élu à cette date à l'Assemblée législative, son siège devient vacant à la date d'une telle déclaration de culpabilité.

Le 13 janvier 1993, l'appellant a introduit une instance pour contester la constitutionnalité de l'art. 119 de la *Loi électorale* et de certains articles de la *Loi sur l'Assemblée législative*. Le juge de première instance a accueilli la demande en partie, statuant que les al. 119a) et 119c) de la *Loi électorale* violaient les droits garantis à l'appellant par l'art. 3 de la *Charte*: (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 181, 341 A.P.R. 181. L'alinéa 119b) n'était pas en litige. Le juge de première instance a également conclu que l'al. 119a) et la première partie de l'al. 119c), qui empêchait, pendant une période de cinq

fied under s. 1 of the *Charter*, but that the second portion of s. 119(c), which required a sitting member to vacate his seat on conviction for a corrupt or illegal practice, was a reasonable limit under s. 1. The judge then proceeded to sever the invalid provisions of s. 119 from the remainder.

8 On March 10, 1993, the appellant appealed to the Court of Appeal, and the respondents the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Municipalities, Culture and Housing cross-appealed the trial judge's finding that the five-year disqualification provision of s. 119(c) was unconstitutional. Pending the hearing of the appeal the appellant sought, but was refused, interim relief in the form of a stay of proceedings with respect to the operation of s. 119(c). As a result, on June 28, 1993, a by-election was held in Carleton North in which the appellant was not a candidate. On November 10, 1993, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal and, Rice J.A. dissenting, allowed the cross-appeal: (1993), 141 N.B.R. (2d) 117, 361 A.P.R. 117, 109 D.L.R. (4th) 371. Since the appellant's conviction, one general election has been held in New Brunswick on September 11, 1995. Pursuant to the provisions of s. 119(c), the appellant was ineligible to stand as a candidate in that election.

9 Leave to appeal to this Court was granted on June 2, 1994: [1994] 2 S.C.R. vii.

Judicial History

New Brunswick Court of Queen's Bench (1993), 133 N.B.R. (2d) 181

10 The trial judge, Dickson J., found that the disqualification in respect of holding public office imposed by s. 119(b) of the *Elections Act* was of little relevance and could be ignored for the purposes of the case. He also dismissed the appel-

ans, l'appelant de solliciter sa réélection, n'étaient pas justifiés au sens de l'article premier de la *Charte*, mais que la deuxième partie de l'al. 119(c), qui exigeait que le député siégeant déjà à l'Assemblée législative quitte son siège lorsqu'il est déclaré coupable d'une manœuvre frauduleuse ou d'un acte illicite, constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier. Le juge a ensuite dissocié les dispositions invalides de l'art. 119 des autres dispositions de cet article.

Le 10 mars 1993, l'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel, et les intimés, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre des Municipalités, de la Culture et de l'Habitation, ont interjeté un appel incident contre la conclusion du juge de première instance que la disposition de l'al. 119c) créant la période d'inhabilité de cinq ans était inconstitutionnelle. Avant l'audition de l'appel, l'appelant a demandé, mais sans succès, une mesure de redressement provisoire sous la forme d'un arrêt des procédures concernant l'application de l'al. 119c). Par la suite, il s'est tenu, le 28 juin 1993, dans la circonscription électorale de Carleton-Nord, une élection complémentaire dans le cadre de laquelle l'appelant n'était pas un candidat. Le 10 novembre 1993, la Cour d'appel a débouté l'appelant et accueilli l'appel incident, le juge Rice étant dissident: (1993), 141 R.N.-B. (2^e) 117, 361 A.P.R. 117, 109 D.L.R. (4th) 371. Depuis la déclaration de culpabilité de l'appelant, une élection générale a eu lieu au Nouveau-Brunswick le 11 septembre 1995. Conformément aux dispositions de l'al. 119c), l'appelant était inéligible à cette élection.

L'autorisation de pourvoi à notre Cour a été accordée le 2 juin 1994: [1994] 2 R.C.S. vii.

Historique des procédures judiciaires

Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 181

En première instance, le juge Dickson a conclu que l'inhabilité à remplir une charge publique, prévue à l'al. 119b) de la *Loi électorale*, n'avait que peu de pertinence et qu'il était permis de ne pas en tenir compte pour les fins de l'affaire. Il a égale-

lant's arguments based on ss. 12 and 15 of the *Charter*. Section 12, he held, is not concerned with civil disabilities resulting to a person on conviction for an illegal election offence, and s. 119 of the *Elections Act* "does not treat nor does it purport to treat the applicant in any fashion different from that in which any other individual is treated" (pp. 194-95).

Turning to ss. 119(a) and (c) of the *Elections Act*, Dickson J. found these violated the appellant's democratic rights guaranteed by s. 3 of the *Charter*. After referring to the relevant cases regarding the application of s. 1 of the *Charter*, he concluded that s. 119(a) and the first portion of s. 119(c), the five-year disqualification from being a candidate in a provincial election, did not represent reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society. He stated (at pp. 198-99):

Those disqualifications represent, in my view, too great a departure from the rights guaranteed by s. 3 of the *Charter* to be recognized as valid. Their prescription accomplishes little which could not be accomplished by other valid means, for instance by merely providing some more appropriate scale of penalties under the *Elections Act* for electoral offences.

However, Dickson J. held that the second portion of s. 119(c) of the *Elections Act*, the requirement that a elected member vacate his or her seat if convicted of an illegal practice, was a justified limit under s. 1 of the *Charter*. He thus put it (at pp. 199-200):

It would in my view be patently ridiculous for a member guilty of an illegal practice and so found to be able to continue to hold his or her seat. Such could only bring the whole democratic electoral process and indeed the reputation of the Legislative Assembly and its other members into deep disrepute. Quite obviously the Legislature so felt in imposing that disqualification and the objective is as valid today as it was when the statutory provision was enacted, and notwithstanding enactment of the *Constitution Act* in 1982 and the *Charter* in the interim.

ment rejeté les arguments de l'appelant fondés sur les art. 12 et 15 de la *Charte*. L'article 12, a-t-il statué, ne concernait pas les incapacités civiles qui frappent une personne déclarée coupable d'une infraction relative aux élections, et l'art. 119 de la *Loi électorale* [TRADUCTION] «ne traite ni ne prétend traiter le requérant d'une façon différente de celle dont est traitée toute autre personne» (pp. 194 et 195).

Examinant ensuite les al. 119a) et c) de la *Loi électorale*, le juge Dickson a statué qu'ils violaient les droits démocratiques garantis à l'appelant par l'art. 3 de la *Charte*. Après s'être reporté à la jurisprudence pertinente en ce qui concerne l'application de l'article premier de la *Charte*, il a jugé que l'al. 119a) et la première partie de l'al. 119c), qui prévoit une période d'inéligibilité de cinq ans à toute élection provinciale, ne constituaient pas des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société juste et démocratique. Il dit (aux pp. 198 et 199):

[TRADUCTION] Ces incapacités s'écartent beaucoup trop, à mon avis, des droits garantis par l'art. 3 de la *Charte* pour être jugées valides. Ces restrictions accomplissent peu de choses qui ne pourraient l'être par d'autres moyens valides, lesquels pourraient consister, par exemple, à prévoir simplement dans la *Loi électorale* une échelle de peines plus appropriée pour les infractions en matière électorale.

Cependant, le juge Dickson a conclu que la deuxième partie de l'al. 119c) de la *Loi électorale*, qui exige qu'un député abandonne son siège s'il est déclaré coupable d'un acte illicite, constituait une limite justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Il déclare (aux pp. 199 et 200):

[TRADUCTION] Il serait, à mon sens, manifestement ridicule qu'un député qui a commis un acte illicite et qui a été déclaré coupable d'un tel acte puisse continuer à occuper son siège. Cela ne pourrait que discréditer gravement l'ensemble du processus électoral démocratique et même la réputation dont jouissent l'Assemblée législative et les autres députés. Il est tout à fait évident que c'est ce qu'estimait le législateur lorsqu'il a imposé la privation de ce droit et que l'objectif visé est tout aussi valide aujourd'hui qu'il l'était au moment où cette disposition législative a été adoptée et ce, malgré l'adoption, dans l'intervalle, de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte*.

Any degree of misgiving I may have in concluding as I have done in upholding the provision that a sitting member vacate his or her seat is prompted only by the somewhat harsh, but in my view necessary, provision that the vacancy occurs on entry of the conviction and does not await the expiry of an appeal period or the hearing of any appeal. One must recognize that an appeal could drag on for months or even much longer. Suspension of operation of the disqualification pending resolution of the appeal could serve only to leave the affected member in a state of suspended and useless animation in the interim, and of no real worth either to the Assembly, to the constituents in the electoral district concerned, or to advancement of respect for the democratic system.

- 12 Finally, Dickson J. applied the test set forth in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and severed the invalid provisions of s. 119 from the remainder of the section.

Court of Appeal (1993), 141 N.B.R. (2d) 117 (Ayles and Ryan J.J.A., Rice J.A. dissenting in part)

- 13 The Court of Appeal unanimously dismissed the appellant's appeal, and by majority allowed the cross-appeal filed by the respondents, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Municipalities, Culture and Housing, with respect to the constitutionality of the five-year disqualification provision of s. 119(c). Ryan J.A., speaking for the court, agreed with the respondents' submissions that rights under the *Charter* are not absolute and that s. 3 of the *Charter* could not have been intended to protect behaviour "inimical to a free and democratic society" (p. 133). Nonetheless he appears to have found that s. 119(c) violated s. 3 of the *Charter* but was saved by s. 1.

- 14 Ryan J.A. addressed each of the tests for determining whether s. 1 of the *Charter* could be invoked. First, he found that the objectives of s. 119(c) were of pressing and substantial importance in that the provision was designed to maintain the confidence of citizens in the integrity of the electoral process. Secondly, he considered that s. 119(c)

La seule hésitation que j'éprouve à conclure, comme je l'ai fait, à la validité de la disposition obligeant un ou une député(e) à quitter son siège est uniquement imputable à la disposition quelque peu sévère mais, selon moi, nécessaire, portant que la vacance survient dès l'inscription de la déclaration de culpabilité sans attendre l'expiration d'un délai d'appel ni l'audition de l'appel. Force est de reconnaître qu'un appel pourrait se prolonger pendant des mois ou même plus. Si l'on suspendait la prise d'effet de l'incapacité jusqu'à ce que l'appel soit tranché, on ne ferait que mettre inutilement le député visé en veilleuse dans l'intervalle et cela ne servirait pas vraiment l'Assemblée législative ni les électeurs de la circonscription électorale concernée et ne favoriserait pas non plus le respect du système démocratique.

En dernier lieu, le juge Dickson a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et a dissocié les dispositions invalides de l'art. 119 du reste de cet article.

Cour d'appel (1993), 141 R.N.-B. (2^e) 117 (les juges Ayles et Ryan, ainsi que le juge Rice, dissident en partie)

La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel de l'appelant et a accueilli à la majorité l'appel incident interjeté par les intimés, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre des Municipalités, de la Culture et de l'Habitation, relativement à la constitutionnalité de la disposition de l'al. 119c) établissant une période d'inéligibilité de cinq ans. Le juge Ryan a affirmé, au nom de la cour, qu'il était d'accord avec les observations des intimés que les droits garantis par la *Charte* ne sont pas absolus et que le législateur n'a sûrement pas voulu que l'art. 3 de la *Charte* protège une conduite [TRADUCTION] «incompatible avec une société libre et démocratique» (p. 133). Néanmoins, il semble avoir conclu que l'al. 119c) violait l'art. 3 de la *Charte*, mais que sa validité était sauvegardée par l'article premier.

Le juge Ryan a abordé chacun des critères applicables pour déterminer si l'article premier de la *Charte* pouvait être invoqué. Premièrement, il a conclu que les objectifs de l'al. 119c) étaient urgents et réels parce que la disposition vise à maintenir la confiance des citoyens dans l'intégrité du processus électoral. Deuxièmement, il a consi-

met the test of proportionality in that it struck a reasonable balance between the objectives of maintaining the integrity of the legislative body and its means in depriving the appellant of his right to continue to sit or to seek re-election. Thirdly, he held that there was a rational connection between the maintenance and integrity of the electoral process and bringing about an immediate vacancy and a five-year disqualification from seeking political office for an elected member convicted of an electoral offence. He noted (at p. 140):

This type of short-term disqualification was accepted by the common law and has been in place for centuries in civilized societies. Unfortunately, it has not eradicated corrupt or illegal practices but it has made it more difficult to carry them out successfully.

With respect to the minimal impairment test, Ryan J.A. recognized that the legislature was forced to strike a balance between competing interests and held that the disqualification for five years was reasonable and accorded with s. 4 of the *Charter*, which provides a five-year maximum period for the life of a particular legislature. Finally, he concluded that the challenged legislation did accomplish an overall balance between its effects and objectives. The disqualifications were proportional to offences involving the intentional undermining of the electoral process. He observed (at pp. 141-42):

The disabilities are not permanent and are, therefore, not subversive of the rights of electors. They are for a reasonable time and they apply to a member upon whom the community rightly places a higher degree of responsibility.

Section 119(c) achieves an overall balance between the rights guaranteed by the *Charter*. It represents a legitimate exercise of legislative power designed solely to obtain desirable democratic objectives without placing undue or unreasonable limits on the constitutionally protected rights of the individual.

déré que l'al. 119c) satisfaisait au critère de proportionnalité parce qu'il établit un équilibre raisonnable entre l'objectif de préservation de l'intégrité du corps législatif et le moyen d'y arriver, c'est-à-dire en privant l'appellant du droit de continuer à siéger ou de solliciter sa réélection. Troisièmement, il a conclu qu'il existait un lien rationnel entre, d'une part, la préservation de l'intégrité du processus électoral et, d'autre part, la déclaration de vacance immédiate du siège et l'imposition d'une période d'inéligibilité de cinq ans au député déclaré coupable d'une infraction électorale. Il souligne (à la p. 140):

[TRADUCTION] Ce genre de privation de courte durée a été acceptée par la common law et existe depuis des siècles dans les sociétés civilisées. Elle n'a malheureusement pas supprimé les manœuvres frauduleuses et les actes illicites mais elle les a rendus plus difficiles à mener à bonne fin.

En ce qui concerne le critère de l'atteinte minimale, le juge Ryan a reconnu que le législateur était contraint d'établir un équilibre entre des intérêts opposés, et il a conclu que la période d'inéligibilité de cinq ans était raisonnable et compatible avec l'art. 4 de la *Charte*, qui fixe à cinq ans le mandat maximal d'une assemblée législative donnée. En dernier lieu, il a conclu que la mesure législative contestée établissait, dans l'ensemble, un équilibre entre ses effets et ses objectifs. Les inhabilités étaient proportionnelles aux infractions qui consistent à miner intentionnellement le processus électoral. Il fait observer (aux pp. 141 et 142):

[TRADUCTION] Les incapacités ne sont pas permanentes et ne portent donc pas une atteinte excessive aux droits des électeurs. Elles ont une durée raisonnable et s'appliquent à un député dont la collectivité attend, à juste titre, un degré plus élevé de responsabilité.

L'alinéa 119c) traduit, dans l'ensemble, un point d'équilibre entre les droits garantis par la *Charte*. Il représente un exercice légitime du pouvoir législatif qui vise uniquement à atteindre des objectifs démocratiques souhaitables sans apporter des limites excessives ou déraisonnables aux droits de la personne qui sont garantis par la *Constitution*.

16 Given his conclusions regarding the validity of s. 119(c) it was not necessary for Ryan J.A. to consider the issue of severance. Nonetheless, he expressed the view that severing subsections as the trial judge had done was proper where the court was not creating “new legislation of a different character from that before it” (p. 143).

17 Though he agreed with the majority on the appeal, Rice J.A. dissented on the cross-appeal. After having stated that s. 3 of the *Charter* “is cast in clear and unambiguous terms and goes to the very foundation of a free and democratic society” (p. 130), he dismissed the respondents’ arguments on the cross-appeal in the following terms (at pp. 130-31):

The societal importance alluded to by counsel for the Attorney General is the prevention of the subversion and undermining of the electoral process as well as the preservation of the integrity of the Legislative Assembly. To allow Mr. Harvey to seek re-election, it was submitted, would provide something of a “revolving door response” and hold the process up to ridicule and contempt.

I fail to see section 119(c) as having that societal importance and as being “pressing and substantial” when Mr. Harvey’s right to a seat in the Legislative Assembly will be resolved and decided by the electorate in a democratic election in the exercise of their fundamental right to vote under s. 3 of the *Charter*. The measures taken are not necessary to the attainment of the objectives put forth by the respondent on the cross-appeal.

In my view, that part of s. 119(c) is also arbitrary in its application to any person who is convicted of a corrupt or illegal practice and is punitive as the words “in addition to any other punishment” implies. It is not aimed at the objectives the Attorney General suggests.

In the result Rice J.A. found that the five-year disqualification from seeking election found in

Étant donné ses conclusions au sujet de la validité de l’al. 119c), le juge Ryan n’a pas eu à examiner la question de la dissociation des dispositions législatives. Il a néanmoins exprimé l’opinion que la dissociation d’alinéas, comme l’a fait le juge de première instance en l’espèce, était appropriée dans des circonstances où la cour ne crée pas [TRADUCTION] «de nouvelles dispositions législatives différentes de celles dont elle est saisie» (p. 143).

Même s’il était d’accord avec la majorité en ce qui concernait l’appel principal, le juge Rice a exprimé une dissidence à l’égard de l’appel incident. Après avoir déclaré que l’art. 3 de la *Charte* [TRADUCTION] «est rédigé dans des termes clairs et non équivoques et [. . .] touche le fondement même d’une société libre et démocratique» (p. 130), il a rejeté dans les termes suivants les arguments des intimés dans l’appel incident (aux pp. 130 et 131):

[TRADUCTION] L’objectif social important auquel l’avocat du Procureur général fait allusion consiste à empêcher que le processus électoral ne soit perverti et miné et à préserver l’intégrité de l’Assemblée législative. Ce serait apporter en quelque sorte une solution tenant du «faux-fuyant» et exposer le processus au ridicule et au mépris, a-t-on soutenu, que de permettre à M. Harvey de solliciter sa réélection.

J’estime que l’alinéa 119c) n’a pas cette importance sociale et qu’il ne répond pas à des préoccupations «urgentes et réelles» puisque c’est l’électorat qui, dans le cadre d’une élection démocratique, se prononcera sur le droit de M. Harvey de siéger à l’Assemblée législative en exerçant le droit de vote fondamental qui lui est garanti par l’article 3 de la *Charte*. Les mesures prises ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs invoqués par l’intimé dans l’appel reconventionnel.

À mon avis, cette partie de l’alinéa 119c) est également arbitraire du fait qu’elle s’applique à toute personne déclarée coupable d’une manœuvre frauduleuse ou d’un acte illicite et est punitive comme le laisse entendre l’expression «en plus de toute autre peine imposée». Elles ne visent pas les objectifs invoqués par le Procureur général.

Par conséquent, le juge Rice a conclu que la période d’inéligibilité de cinq ans aux élections

s. 119(c) of the *Elections Act* violated s. 3 of the *Charter* and was not saved by s. 1.

Issues

The Chief Justice stated the following constitutional questions for consideration by the Court:

1. Do the disqualifications prescribed by s. 119(c) of the *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3,

(a) relating to the right to be elected to or to sit in the Legislative Assembly,

(b) relating to the vacation of the seat of a convicted member,

infringe or deny in whole or in part the rights and freedoms guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Do the disqualifications prescribed by s. 119(c) of the *Elections Act*

(a) relating to the right to be elected to or to sit in the Legislative Assembly,

(b) relating to the vacation of the seat of a convicted member,

infringe or deny in whole or in part the rights and freedoms guaranteed by s. 12 of the *Charter*?

3. If the answer to question (1) or (2) is in the affirmative, does the infringement or denial constitute a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

The appellant also raised the following issue:

4. Are those portions of s. 119 which are inconsistent with the *Charter* severable from the remaining portions of that section?

Analysis

Before discussing the constitutional questions, it is appropriate to address two preliminary issues. The first was raised by counsel for the appellant and constituted an underlying thread throughout his argument before us. Simply put, it was his position that although the appellant was convicted of an offence under s. 111(1) of the *Elections Act*, all it amounted to in essence was an innocent mis-

prévue à l'al. 119c) de la *Loi électorale* violait l'art. 3 de la *Charte* et que sa validité n'était pas sauvegardée par l'article premier.

Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes, que la Cour devait examiner:

1. Les inhabilités prescrites par l'al. 119c) de la *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3,

a) relativement au droit d'être élu ou de siéger à l'Assemblée législative,

b) relativement à la vacance du siège d'un député déclaré coupable,

portent-ils atteinte en totalité ou en partie aux droits et libertés garantis par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Les inhabilités prescrites par l'al. 119c) de la *Loi électorale*

a) relativement au droit d'être élu ou de siéger à l'Assemblée législative,

b) relativement à la vacance du siège d'un député déclaré coupable,

portent-ils atteinte en totalité ou en partie aux droits et libertés garantis par l'art. 12 de la *Charte*?

3. En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l'atteinte en cause constitue-t-elle une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

L'appellant a également soulevé la question suivante:

[TRADUCTION] 4. Les dispositions de l'art. 119 qui ne sont pas compatibles avec la *Charte* peuvent-elles être dissociées des autres dispositions de cet article?

Analyse

Avant d'aborder les questions constitutionnelles, il convient d'examiner deux questions préliminaires. La première, qui a été soulevée par l'avocat de l'appellant, constituait un thème sous-jacent de sa plaidoirie devant nous. Si on résume simplement sa position, ce dernier a soutenu que, même si l'appellant avait été déclaré coupable d'une infraction au par. 111(1) de la *Loi électorale*, il s'agissait

take that in no way affected the outcome of the election. While it is true that the one vote in issue would not have changed the outcome, the appellant was convicted (and the conviction was upheld on appeal) of knowingly procuring the vote of a minor. The conviction itself rules out any possibility that the appellant's actions were simply an "innocent mistake". In my view there is no question that the appellant's actions amounted to an attack on the integrity of the electoral process which is at the heart of a free and democratic society and constituted a breach of trust deserving of censure.

essentiellement d'une erreur anodine qui n'avait eu aucune influence sur les résultats de l'élection. Même s'il est vrai que l'unique vote en cause n'aurait pas changé les résultats, l'appelant a été déclaré coupable (déclaration de culpabilité qui a été confirmée en appel) d'avoir encouragé sciemment une mineure à voter. La déclaration de culpabilité exclut en soi toute possibilité que les actes de l'appelant aient été simplement une «erreur anodine». À mon avis, il ne fait aucun doute que les actes de l'appelant ont constitué une atteinte à l'intégrité du processus électoral — qui est un aspect fondamental d'une société libre et démocratique — ainsi qu'un abus de confiance répréhensible.

20

The second preliminary issue relates to whether the expulsion and disqualification imposed by s. 119(c) escape *Charter* scrutiny because of their status as privileges of the Legislative Assembly. The issue was appropriately brought to our attention by counsel for the intervener the Attorney General of Canada. In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, a majority of this Court held that, at a minimum, the inherent privileges of Canada's legislative bodies that are necessary to their proper functioning are constitutional privileges and therefore immune from *Charter* challenge. However, the issue was not seriously argued before us. In fact it was willingly conceded that it was appropriate to judge the provisions of s. 119(c) in light of the *Charter*. Given that the parties to the present appeal have chosen not to ground their argument on the basis that expulsion and disqualification are privileges of the Legislative Assembly, and given that there were no submissions by any party on the point, it is not necessary to decide that issue here. I will therefore proceed on the basis that the provisions of s. 119(c) are subject to the *Charter*.

La deuxième question préliminaire est de savoir si l'expulsion et l'inéligibilité imposées par l'al. 119c) échappent à un examen fondé sur la *Charte* en tant que privilèges de l'Assemblée législative. Cette question a, à juste titre, été portée à notre attention par l'avocat de l'intervenant le procureur général du Canada. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, notre Cour a statué à la majorité qu'à tout le moins les privilèges inhérents des organismes législatifs du Canada qui sont nécessaires à leur bon fonctionnement sont des privilèges constitutionnels et sont donc soustraits à une contestation fondée sur la *Charte*. Toutefois, la question n'a pas été plaidée activement devant nous. En fait, il a été admis sans difficulté qu'il convenait d'examiner les dispositions de l'al. 119c) à la lumière de la *Charte*. Étant donné que les parties au présent pourvoi ont choisi de ne pas fonder leur argumentation sur le fait que l'expulsion et l'inéligibilité sont des privilèges de l'Assemblée législative, et vu que les parties n'ont avancé aucun argument à ce sujet, il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce. Je vais donc poursuivre mon analyse en tenant pour acquis que les dispositions de l'al. 119c) sont assujetties à la *Charte*.

Section 3 of the Charter

L'article 3 de la Charte

21

The first question arising on the appeal is the scope of the right of a citizen to run for elected office guaranteed by s. 3 of the *Charter*, which provides:

La première question que soulève le pourvoi est l'étendue du droit que possède tout citoyen, en vertu de l'art. 3 de la *Charte*, de se porter candidat aux élections. Cet article est ainsi rédigé:

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

The appellant's position is straightforward. Section 3 of the *Charter*, he maintained, provides an unqualified right for every citizen of Canada to vote and to seek public office. In support of this position the appellant relied on the fact that the rights protected by s. 3 are "preferred" rights in that they are not subject to the notwithstanding clause found in s. 33 of the *Charter*. In short, he insists that any restriction on the rights contained in s. 3 must be justified under s. 1 of the *Charter*.

The competing viewpoint, urged on the Court both by the respondents and by the Attorney General of Canada, is that the rights guaranteed by s. 3 are not absolute but contain inherent limitations that need not be justified under s. 1 of the *Charter*. More specifically, they argue, when a contextual approach is applied to s. 3, and the specific language used in the section is taken into account, the validity and consistency of s. 119(c) become clear.

In order to choose between these two fundamentally different viewpoints, the logical place to start is with this Court's previous treatment of s. 3 of the *Charter*. While the Court has not yet examined the right to be an elected member found in the second part of s. 3, it has on several occasions had the opportunity to consider the right to vote enshrined in the first part of the section. The fullest treatment of the right to vote appears in McLachlin J.'s majority reasons in *Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158. At issue there was whether the purpose of the right was to guarantee equality of voting power or effective representation. Beginning at p. 179, McLachlin J. first considered the manner in which the content of a *Charter* right is to be determined. She identified the general principle, emerging from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, as being that *Charter* rights should be interpreted in a broad and purposive manner having regard to the appropriate

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

La position de l'appelant sur ce point est simple. L'article 3 de la *Charte*, a-t-il soutenu, donne à tout citoyen canadien le droit absolu de voter et d'être candidat aux élections législatives. À l'appui de cette position, l'appelant a invoqué le fait que les droits protégés par l'art. 3 sont des droits «privilegiés» en ce qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une déclaration de dérogation fondée sur l'art. 33 de la *Charte*. Bref, il maintient que toute restriction des droits prévus à l'art. 3 doit être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les intimés et le procureur général du Canada ont avancé devant notre Cour le point de vue opposé voulant que les droits garantis par l'art. 3 ne soient pas absolus, mais qu'ils soient assujettis à des limites inhérentes qui n'ont pas à être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Plus particulièrement, prétendent-ils, si on applique la méthode contextuelle à l'art. 3, tout en tenant compte du libellé précis de l'article, la validité et la cohérence de l'al. 119c) deviennent évidentes.

Pour choisir entre ces deux points de vue fondamentalement différents, il faut en toute logique commencer par examiner la façon dont notre Cour a traité jusqu'ici l'art. 3 de la *Charte*. Bien que la Cour n'ait pas encore examiné l'éligibilité aux élections législatives figurant dans la deuxième partie de l'art. 3, elle a eu, à maintes reprises, l'occasion d'étudier le droit de vote inscrit dans la première partie de cet article. L'examen le plus exhaustif du droit de vote a été fait par le juge McLachlin, dans les motifs qu'elle a rédigés, au nom de la majorité, dans *Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si le droit de vote avait pour objet l'égalité du pouvoir électoral ou la représentation effective. À partir de la p. 179, le juge McLachlin s'est d'abord demandé comment il faut déterminer le contenu d'un droit garanti par la *Charte*. Elle a indiqué que, suivant le principe général dégagé dans l'arrêt *R. c. Big M*

22

23

historical and social context. From this general principle she identified three particular considerations that were relevant to the interpretation of the right to vote: (1) that the *Charter* is part of the living tree that is the Canadian constitution and that as such, “the past plays a critical but non-exclusive role” (p. 180) in determining the scope of *Charter* rights; (2) that practical considerations should be borne in mind when undertaking constitutional interpretation; and (3) that the Court must be guided by the ideal of a “free and democratic society” as enunciated by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon libérale et en fonction de leur objet, compte tenu du contexte historique et social approprié. À partir de ce principe général, elle a fait état des trois considérations particulièrement pertinentes relativement à l’interprétation du droit de vote: (1) la *Charte* est greffée sur l’arbre qu’est la Constitution canadienne et, de ce fait, «le passé joue un rôle critique mais non-exclusif» (p. 180) dans la détermination de la portée des droits garantis par la *Charte*, (2) il faut tenir compte de considérations pratiques dans l’interprétation de la Constitution, et (3) la Cour doit se laisser guider par l’idéal d’une «société libre et démocratique», comme l’a dit le juge en chef Dickson dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

24

Applying these considerations to the first part of s. 3, McLachlin J. concluded that the right enshrined by the right to vote was the right to effective representation. She stated, at pp. 188-89:

In summary, I am satisfied that the precepts which govern the interpretation of *Charter* rights support the conclusion that the right to vote should be defined as guaranteeing the right to effective representation. The concept of absolute voter parity does not accord with the development of the right to vote in the Canadian context and does not permit of sufficient flexibility to meet the practical difficulties inherent in representative government in a country such as Canada. In the end, it is the broader concept of effective representation which best serves the interests of a free and democratic society.

Based on this interpretation, McLachlin J. went on to find that the electoral boundaries in question did not violate s. 3 of the *Charter* since they could be justified on the grounds of effective representation and did not need to be justified under s. 1.

Appliquant ces considérations à la première partie de l’art. 3, le juge McLachlin a conclu que le droit conféré par le droit de vote était le droit à une représentation effective. Elle déclare, aux pp. 188 et 189:

Pour résumer, je suis persuadée que les préceptes qui régissent l’interprétation des droits prévus par la *Charte* appuient la conclusion que le droit de vote devrait se définir comme la garantie du droit à une représentation effective. Le concept de la parité absolue du nombre d’électeurs ne s’accorde pas avec l’évolution du droit de vote dans le contexte canadien, et il n’offre pas la flexibilité nécessaire pour faire face aux difficultés d’ordre pratique inhérentes au gouvernement représentatif dans un pays tel que le Canada. En définitive, c’est le concept plus large de la représentation effective qui sert le mieux les intérêts d’une société libre et démocratique.

Se fondant sur cette interprétation, le juge McLachlin a ensuite statué que les limites des circonscriptions électorales en question ne violaient pas l’art. 3 de la *Charte*, puisqu’elles pouvaient être justifiées pour des motifs de représentation effective et qu’il n’était pas nécessaire de les justifier en vertu de l’article premier.

25

In contrast to this approach is that used by this Court and others in dealing with particular statutory disqualifications of voters. In *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, the Court found that the voting disqualification for

À l’opposé de cette méthode, on trouve celle que notre Cour et d’autres tribunaux ont appliquée dans l’examen de certaines inhabilités légales frappant les électeurs. Dans l’arrêt *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, la Cour

inmates found in the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, violated s. 3 and could only be justified under s. 1 of the *Charter*. Similarly, the federal disqualifications of mentally incompetent persons and federally appointed judges, and a provincial disqualification of absentee citizens have all been found to be *prima facie* unconstitutional; see *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622 (T.D.); *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.); and *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C.C.A.).

Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)) would apply the same logic to disqualifications in respect of the candidacy right in the second part of s. 3. He states in vol. 2 at s. 42.2:

The qualifications of a member of the House of Commons or a legislative assembly are prescribed by statute in each jurisdiction, and various citizens are disqualified. . . . All disqualifications of citizens are, of course, now contrary to the *Charter*, unless they can be justified under s. 1.

In support of this position Professor Hogg cites the Nova Scotia Supreme Court Trial Division case of *MacLean v. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296. There Glube C.J.T.D. held that a provincial statute which retroactively imposed a five-year disqualification on running in a provincial election violated s. 3 of the *Charter*. She arrived at this result on what she saw as the clear wording of s. 3 (at p. 305):

On the plain meaning of the words in s. 3 of the *Charter*, I find that an attempt to put limits on membership qualification violates Mr. MacLean's right as a citizen to be qualified for membership in the House of Assembly of Nova Scotia.

a jugé que l'inhabilité des prisonniers à voter prévue par la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, violait l'art. 3 et ne pouvait être justifiée qu'en vertu de l'article premier de la *Charte*. De même, l'inhabilité à voter prévue par la loi fédérale à l'égard des personnes frappées d'incapacité mentale et des juges nommés par le gouvernement fédéral, ainsi que l'inhabilité établie par une loi provinciale et visant les citoyens absents ont toutes été jugées inconstitutionnelles à première vue; voir *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622 (1^{re} inst.); *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.); et *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (C.A.C.-B.).

Dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), le professeur Peter Hogg a indiqué qu'il appliquerait la même logique aux inhabilités visant le droit de se porter candidat aux élections législatives prévu dans la deuxième partie de l'art. 3. Il dit ceci, au par. 42.2 du vol. 2:

[TRADUCTION] Les conditions d'éligibilité à titre de député de la Chambre des communes ou d'une assemblée législative sont fixées par la loi pertinente des différents gouvernements, et divers citoyens sont déclarés inéligibles. [. . .] Évidemment, toutes les inhabilités visant des citoyens sont aujourd'hui contraires à la *Charte*, à moins qu'elles ne puissent être justifiées en vertu de l'article premier.

À l'appui de cette position, le professeur Hogg cite la décision *MacLean c. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296, rendue par la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Madame le juge en chef Glube a statué qu'une loi provinciale qui imposait rétroactivement une période d'inéligibilité de cinq ans aux élections provinciales violait l'art. 3 de la *Charte*. Elle est arrivée à ce résultat en se fondant sur ce qu'elle considérait comme étant le libellé clair de l'art. 3 (à la p. 305):

[TRADUCTION] En me fondant sur le sens ordinaire des mots utilisés à l'art. 3 de la *Charte*, j'estime qu'une tentative d'imposer des restrictions à l'éligibilité viole le droit qu'a M. MacLean, en tant que citoyen, d'être éligible à un siège de député à l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse.

27

This then becomes a central question: what is meant by the expression found in s. 3 of the *Charter* that “[e]very citizen of Canada has the right to vote in an election of members of . . . a legislative assembly and to be qualified for membership therein”, and what is the purpose behind the right? The respondents argue that the right to effective representation is at the heart of the right to be qualified for membership in a legislative assembly. Since the disqualification provisions of s. 119 of the *Elections Act* exist to preserve the integrity of the electoral process, and thereby help to ensure effective representation, they are in accord with s. 3 of the *Charter*. Similarly, the Attorney General of Canada focuses first on the language of s. 3, arguing that the use of the word “qualified” indicates that inherent in the right to be a candidate are limitations that are necessary to ensure effective representation. He goes on to argue that regard must be had to the appropriate historical context underlying the right. In particular, he notes that there has been a continual evolution of candidate eligibility requirements and disqualifications throughout Canadian history; that disqualifications such as those found in s. 119 have their origin in the widespread election corruption that was prevalent in the early years of confederation; and that disqualifications for corrupt or illegal election practices are to be found in many foreign jurisdictions.

28

While these arguments may initially appear persuasive, I agree with the appellant that the provisions of s. 119(c) are *prima facie* unconstitutional as violating his rights under s. 3 of the *Charter*. My reasons are twofold. First, there is the language of s. 3. Admittedly in the English version the words “right to be qualified” are somewhat ambiguous. The use of the word “qualified” suggests that certain criteria must be met before a citizen can run for office. However, since there exists a right to be qualified, it would appear that qualification is automatic regardless of any criteria set out by statute. If it was Parliament’s intent to confer on every citizen the right to be a candidate, clearer language

Cela soulève une question fondamentale. Que signifient les mots suivants de l’art. 3 de la *Charte*: «[t]out citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives [. . .] provinciales» («[e]very citizen of Canada has the right to vote in an election of members of [. . .] a legislative assembly and to be qualified for membership therein»), et quel est l’objet de ce droit? Les intimés soutiennent que le droit à une représentation effective est au cœur même du droit à l’éligibilité aux élections provinciales. Comme les dispositions de l’art. 119 de la *Loi électorale* relatives à l’inéligibilité visent à préserver l’intégrité du processus électoral et contribuent, de ce fait, à garantir une représentation effective, elles sont compatibles avec l’art. 3 de la *Charte*. De même, le procureur général du Canada met d’abord l’accent sur le libellé de l’art. 3 et fait valoir que l’utilisation du mot «*qualified*» dans le texte anglais indique que sont inhérentes au droit de se porter candidat les limites nécessaires pour garantir une représentation effective. Il poursuit en disant qu’il faut tenir compte du contexte historique approprié qui sous-tend ce droit. Il souligne, en particulier, qu’il y a eu une évolution constante des conditions d’éligibilité et des inhabilités à se porter candidat aux élections législatives tout au long de l’histoire du Canada, que les inhabilités comme celles prévues à l’art. 119 tirent leur origine de la corruption électorale générale qui existait au début de la Confédération, et que beaucoup d’autres pays prévoient des inhabilités pour cause de manœuvres frauduleuses ou d’actes illicites.

Bien que ces arguments puissent paraître convaincants au départ, je conviens avec l’appellant que les dispositions de l’al. 119c) sont inconstitutionnelles à première vue car elles violent les droits que lui garantit l’art. 3 de la *Charte*. Mes raisons sont de deux ordres. La première concerne le libellé de l’art. 3. Il faut admettre que, dans le texte anglais, les mots «*right to be qualified*» sont quelque peu ambigus. L’emploi du mot «*qualified*» suggère que le citoyen doit satisfaire à certains critères avant de pouvoir se porter candidat aux élections législatives. Cependant, comme il existe un droit à l’éligibilité, il semble que l’éligibilité soit automatique, indépendamment de tout

should have been used. But we are not left in doubt. A more precise statement of the right appears in the equally authoritative French text, which uses the phrase “*Tout citoyen canadien . . . est éligible aux élections . . .*”. The word “*éligible*” translates as “eligible” in English and is defined in *Le Nouveau Petit Robert* (1994), at p. 733, as one who has met the relevant conditions so that they can be chosen. This suggests that the English version of s. 3 should be read as “[e]very citizen . . . is qualified for membership therein”. In short, while the English version is somewhat lacking in clarity, the French version is straightforward and indicates that the right to be a candidate and to sit as a member of Parliament or a legislative assembly should be read in a broad manner.

Secondly, and in my view this is decisive, to accept the respondents’ position would be to remove the balancing of interests from s. 1 and incorporate it in s. 3 of the *Charter*. In their oral submissions counsel for both the respondents and the Attorney General of Canada argued that any given qualification or limitation should first be weighed against the interests represented by s. 3 to determine if there was a violation of that section. Such an approach runs counter to the recent practice of this Court.

In interpreting the right to vote under s. 3 this Court, and Canadian courts in general, have taken the approach that the justification for limitations on the right must be grounded in s. 1 of the *Charter*. As I have earlier noted, I do not believe the wording in the second part of s. 3 justifies taking a different approach to the right to stand for election and become a member of Parliament or a legislative assembly. This is in accord with this Court’s well established approach of reading *Charter* rights broadly and putting the burden of justifying limitations upon the state. In *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at pp. 383-84, in the context of free-

critère établi par la loi. Si le législateur fédéral entendait conférer à tout citoyen le droit de se porter candidat aux élections législatives, il aurait dû utiliser un libellé plus clair. Toutefois, nous ne restons pas dans le doute. En effet, un énoncé plus précis de ce droit figure dans le texte français, qui fait également foi, où il est dit que, «[t]out citoyen canadien [. . .] est éligible aux élections . . .». Le mot «éligible», qui se traduit par «*éligible*» en anglais, est défini ainsi dans *Le Nouveau Petit Robert* (1994), à la p. 733: qui remplit les conditions requises pour pouvoir être élu. Cela laisse supposer que le texte anglais de l’art. 3 devrait être interprété comme signifiant «*[e]very citizen . . . is qualified for membership therein*». Bref, bien que le texte anglais manque quelque peu de clarté, le texte français est simple et indique que le droit d’être candidat et de siéger en tant que député fédéral ou provincial devrait être interprété de manière large.

La deuxième raison, qui, à mon avis, est déterminante, est le fait qu’accepter la position des intimés reviendrait à retrancher de l’article premier la pondération des intérêts, pour ensuite l’incorporer à l’art. 3 de la *Charte*. Dans leurs observations orales, les avocats des intimés et du procureur général du Canada ont soutenu que toute limite ou restriction devrait d’abord être soupesée en regard des intérêts représentés par l’art. 3 pour déterminer s’il y a eu violation de cet article. Une telle méthode est contraire à la pratique suivie récemment par notre Cour.

Pour interpréter le droit de vote prévu à l’art. 3, notre Cour et les tribunaux canadiens en général ont adopté le point de vue selon lequel la justification des limites imposées à ce droit doit être examinée en vertu de l’article premier de la *Charte*. Comme je l’ai mentionné plus tôt, je ne crois pas que le libellé de la deuxième partie de l’art. 3 justifie l’adoption d’une façon différente d’aborder le droit d’être candidat à une élection et de devenir député fédéral ou provincial. Ce point de vue est compatible avec la méthode bien établie de notre Cour qui consiste à interpréter largement les droits garantis par la *Charte* et à imposer à l’État l’obligation de justifier les limites imposées à ces droits.

29

30

dom of religion under s. 2(a) of the *Charter*, I emphasized the importance of carrying out any required balancing of rights under s. 1:

This Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*; see *R. v. Jones*, *supra*, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*. A similar approach was taken in the context of s. 2(b) of the *Charter*, freedom of expression. In *R. v. Keegstra*, *supra*, Dickson C.J., writing for the majority, stated that s. 1 was better suited than s. 2(b) to facilitate the necessary balance between state and individual interests. . . .

In my view, it appears sounder to leave to the state the burden of justifying the restrictions it has chosen. Any ambiguity or hesitation should be resolved in favour of individual rights. Not only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights than s. 2(a).

Similarly in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 74, the Court again stated that a broad interpretation of the right in question, followed by a balancing of the relevant conflicting values under s. 1, is analytically preferable since it allows for the most comprehensive and contextual judicial review under the *Charter*. I can see no reason why a similar approach should not be adopted with respect to the rights guaranteed by s. 3. In this way the societal interests represented by the infringing provision, s. 119(c), can be weighed against the s. 3 interests using the well developed analytical framework found in *Oakes*, *supra*.

31

That is not to say that there can never be limitations or qualifications on the right to stand for election that do not violate s. 3 of the *Charter*. An obvious example is the limitation found in s. 39 of the *Constitution Act, 1867*, that prohibits a Senator

Dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, aux pp. 383 et 384, dans le contexte de la liberté de religion en vertu de l'al. 2a) de la *Charte*, j'ai souligné l'importance d'effectuer, en vertu de l'article premier, toute pondération nécessaire des droits:

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte*; voir *R. c. Jones* et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précités. Un point de vue semblable a été adopté dans le contexte de l'al. 2b) de la *Charte*, celui de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la majorité, que l'article premier convient mieux que l'al. 2b) pour établir l'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu. . . .

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2b) pour soupeser des droits opposés.

De même, dans l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 74, la Cour a de nouveau statué qu'une interprétation large du droit en cause, suivie de la pondération, en vertu de l'article premier, des valeurs opposées pertinentes, est préférable sur le plan analytique parce qu'elle permet un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte* qui soit des plus complets et qui tienne compte le plus possible du contexte. Je ne vois aucune raison de ne pouvoir adopter une méthode analogue à l'égard des droits garantis par l'art. 3. Cette façon de faire permet de soupeser les intérêts sociétaux protégés par la disposition fautive, l'al. 119c), en regard des intérêts visés à l'art. 3 au moyen du cadre analytique détaillé établi dans l'arrêt *Oakes*, précité.

Cela ne signifie pas qu'il est impossible d'assortir le droit d'être candidat à une élection de limites ou restrictions qui ne violent pas l'art. 3 de la *Charte*. Un exemple évident est la limite prévue à l'art. 39 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui

from being elected to, sitting, or voting in the House of Commons. However, rather than not violating s. 3 it is more accurate to say that such a limitation is not subject to the *Charter* as it is a well accepted principle that one part of the Constitution cannot be used to invalidate a provision in another part. Similarly, there is a strong argument that the legislative provisions disqualifying judges from being elected to Parliament or a legislative assembly are not in violation of s. 3 by reason of the separation of powers mandated by our constitution. However, I emphasize that these issues do not arise here.

I conclude that the disqualifications prescribed by s. 119(c) of the *Elections Act* infringe a citizen's right under the *Charter* to qualify for membership in the New Brunswick House of Assembly. However, before deciding if this infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*, I shall address the issue of whether the disqualifications infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 12 of the *Charter*.

Section 12 of the Charter

The appellant attempts to argue that the provisions of s. 119(c) amount to cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*. To succeed, however, the appellant must first show that the provisions of s. 119(c) amount to "treatment or punishment". The trial judge summarily dismissed the s. 12 argument on the basis that the consequences arising from the operation of s. 119(c) amounted to no more than civil disabilities. In *R. v. Miller* (1988), 65 O.R. (2d) 746, the Ontario Court of Appeal arrived at a similar conclusion, finding that the automatic suspension of a driver's licence amounted to no more than a civil sanction and was not a "punishment" within the meaning of s. 12, but no analysis was offered for this assertion. In contrast, Sopinka J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 610, suggested that a penalty was a punishment when it arose out of the commission of a particular offence. Following that reasoning, the disqualifications imposed by s. 119(c) would amount to

interdit aux sénateurs de se faire élire, de siéger ou de voter à titre de membres de la Chambre des communes. Cependant, au lieu de dire qu'une telle limite ne viole pas l'art. 3, il est plus exact d'affirmer qu'elle n'est pas assujettie à la *Charte*, car il est bien établi qu'on ne peut pas se fonder sur une partie de la Constitution pour invalider une disposition figurant dans une autre partie de ce texte. De même, on peut sérieusement soutenir que, en raison de la séparation des pouvoirs établie par notre Constitution, les dispositions législatives qui rendent les juges inhabiles à se faire élire député fédéral ou provincial ne violent pas l'art. 3. Je souligne toutefois que ces questions ne se posent en l'es-pèce.

Je conclus que les inhabilités prescrites par l'al. 119(c) de la *Loi électorale* violent le droit qu'ont les citoyens, en vertu de la *Charte*, de se faire élire à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick. Cependant, avant de décider si cette violation est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*, je vais examiner la question de savoir si ces inhabilités violent les droits et libertés garantis par l'art. 12 de la *Charte*.

L'article 12 de la Charte

L'appelant tente de faire valoir que les dispositions de l'al. 119(c) établissent une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. Toutefois, pour que son argument soit retenu, il doit d'abord prouver que les dispositions de l'al. 119(c) constituent des «traitements ou peines». Le juge de première instance a rejeté sommairement l'argument fondé sur l'art. 12 pour le motif que les conséquences découlant de l'application de l'al. 119(c) équivalaient tout au plus à des incapacités civiles. Dans l'arrêt *R. c. Miller* (1988), 65 O.R. (2d) 746, la Cour d'appel de l'Ontario est arrivée à une conclusion analogue et a statué que la suspension automatique du permis de conduire constituait tout au plus une peine civile et n'était pas une «peine» au sens de l'art. 12, mais cette affirmation n'a été étayée par aucune analyse. Par contre, dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 610, le juge Sopinka a affirmé qu'une sanction était une peine lorsqu'elle découlait de la perpétration d'une

32

33

“punishment” within the meaning of s. 12 as they arise upon the conviction of an accused for an offence pursuant to the *Elections Act*.

34 I need not decide this threshold question because, even if the disqualifications are properly classified as “punishment”, they do not amount to cruel and unusual punishment. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072, the Court approved several tests under s. 12 for determining if a given punishment was cruel and unusual. These included whether the prescribed punishment was so excessive as to outrage standards of decency and whether the punishment was grossly disproportionate to the offence. On the basis of these tests, I am unable to conclude that the disqualifications imposed by s. 119(c) violate s. 12 of the *Charter*, either with regard to the particular offence committed by the appellant or with regard to the range of offences under the *Elections Act* to which s. 119(c) can apply.

Section 1 of the Charter

35 Having found that the provisions of s. 119(c) violate s. 3 of the *Charter*, it remains to determine whether they can be justified as reasonable limits under s. 1. The approach to be used in carrying out this analysis was set out by this Court in *Oakes*, *supra*. First, it is necessary to establish that the objective of the impugned legislation is of a pressing and substantial nature in a free and democratic society. Secondly, there must be proportionality between the objective and the means used to achieve it.

36 As a corollary to the approach of reading *Charter* rights in a broad fashion, the *Oakes* methodology has been applied in a flexible manner. This is in keeping with the balancing of societal and individual interests that are most often at the core of any s. 1 analysis. In the following passage in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90, I noted:

infraction donnée. Selon ce raisonnement, les incapacités prescrites par l'al. 119c) équivaldraient à des «peines» au sens de l'art. 12 lorsqu'elles frappent un accusé déclaré coupable d'une infraction à la *Loi électorale*.

Je n'ai pas à trancher cette question préliminaire parce que, même s'il est juste de qualifier les incapacités de «peines», elles n'équivalent pas à des peines cruelles et inusitées. Dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1072, la Cour a approuvé, relativement à l'art. 12, plusieurs critères applicables pour déterminer si une peine donnée est cruelle et inusitée. Parmi ceux-ci, mentionnons la question de savoir si la peine prévue est excessive au point d'être incompatible avec la dignité humaine et si la peine était exagérément disproportionnée à l'infraction. Compte tenu de ces critères, je ne puis conclure que les incapacités prescrites par l'al. 119c) violent l'art. 12 de la *Charte*, soit en regard de l'infraction particulière commise par l'appelant soit en regard de la gamme des infractions à la *Loi électorale* auxquelles peut s'appliquer l'al. 119c).

L'article premier de la Charte

Après avoir conclu que les dispositions de l'al. 119c) violent l'art. 3 de la *Charte*, il reste à déterminer si elles peuvent être justifiées en tant que limites raisonnables au sens de l'article premier. La méthode à suivre pour effectuer cette analyse a été énoncée par notre Cour dans *Oakes*, précité. Premièrement, il faut prouver que l'objectif visé par la loi contestée a un caractère urgent et réel dans une société libre et démocratique. Deuxièmement, il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif poursuivi et le moyen utilisé pour l'atteindre.

Comme corollaire à la méthode fondée sur l'interprétation large des droits garantis par la *Charte*, la méthodologie de l'arrêt *Oakes* a été appliquée d'une manière souple. Cela est compatible avec la pondération des intérêts sociétaux et individuels qui sont le plus souvent en jeu dans les analyses fondées sur l'article premier. Dans le passage suivant de l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, je fais remarquer ceci:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

This passage was adopted by Dickson C.J. in his majority reasons in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 737-38, where he said:

From the discussion so far, I hope it is clear that a rigid or formalistic approach to the application of s. 1 must be avoided. The ability to use s. 1 as a gauge which is sensitive to the values and circumstances particular to an appeal has been identified as vital in past cases . . . The sentiments of *La Forest J.* correctly suggest that the application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake.

In the present case the right in issue is the very embodiment of democracy — the right of citizens to elect their government and the right of each individual to attempt to become part of that government. The value at the heart of s. 119(c) is in many ways an extension of this right, the expectation of citizens to have a fair electoral process so that the right found in s. 3 does not become a hollow and empty one, devoid of meaning or substance. As was stated by the majority in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056:

The underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

It is within this context that the *Oakes* criteria must be applied in the present case.

A Pressing and Substantial Concern

The respondents submit that the objective of both provisions of s. 119(c), the five-year disqualification and the mandatory vacating of a seat, is to

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

Ce passage a été adopté par le juge en chef Dickson dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 737 et 738, où il affirme:

J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence [. . .] Le juge *La Forest* indique avec raison que l'application de la méthode de l'arrêt *Oakes* variera en fonction des circonstances de l'instance, notamment la nature des intérêts en jeu.

En l'espèce, le droit en cause est le symbole même de la démocratie — le droit des citoyens d'élire leur gouvernement et le droit de chaque individu de tenter d'en faire partie. La valeur qui est au cœur même de l'al. 119c) est, à bien des égards, le prolongement de ce droit, le désir des citoyens de pouvoir compter sur un processus électoral juste, de façon que le droit garanti à l'art. 3 ne devienne pas vide de sens. Comme l'affirme la Cour à la majorité dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1056:

Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits.

C'est dans ce contexte que les critères énoncés dans l'arrêt *Oakes* doivent être appliqués en l'espèce.

Une préoccupation urgente et réelle

Les intimés soutiennent que les deux dispositions de l'al. 119c), à savoir la période d'inéligibilité de cinq ans et la vacance obligatoire du siège,

37

38

preserve the integrity of the electoral process, thereby enhancing the existence and operation of a free and democratic society. On the other hand, so far as the five-year disqualification is concerned the appellant, echoing the dissenting reasons of Rice J.A. in the court below, argued that no pressing and substantial concern exists since the electorate is free to reject the offending candidate at a subsequent election. In my view, this argument misses the mark, and this for two reasons. First, the argument is really not concerned with the importance of the objective, but with the rational connection between the measures chosen and the objective. Secondly, it fails to take into account the interest of society in deterring activity that subverts the very electoral process upon which a free and democratic society is founded. As the respondents put it in their factum, "the individual elected to the legislative assembly holds a position of great trust and responsibility and it is important that such representatives and those seeking such high office be in no doubt that their participation in the proscribed conduct attracts precise and grave consequences". I have no doubt that the primary goal of the impugned legislation is to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Nor do I doubt that such an objective is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society.

ont pour objet de préserver l'intégrité du processus électoral et ainsi de favoriser l'existence et le fonctionnement d'une société libre et démocratique. Par contre, en ce qui concerne la période d'inéligibilité de cinq ans, l'appelant, reprenant les motifs de dissidence du juge Rice de la Cour d'appel, a affirmé qu'il n'existe aucune préoccupation urgente et réelle puisque l'électorat est libre de rejeter le candidat fautif à l'élection subséquente. À mon avis, cet argument ne tient pas, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'argument ne porte pas vraiment sur l'importance de l'objectif, mais plutôt sur le lien rationnel entre les mesures choisies et l'objectif visé. Deuxièmement, il ne tient pas compte de l'intérêt de la société dans la prévention de l'activité qui corrompt le processus électoral qui est le fondement même d'une société libre et démocratique. Comme l'affirment les intimés dans leur mémoire, [TRADUCTION] «les personnes élues à l'assemblée législative se voient confier une responsabilité considérable et il est important que ces représentants de la population et ceux qui aspirent à ces hautes fonctions sachent bien que leur participation à l'activité prohibée entraîne des conséquences graves et précises». Je ne doute pas que la loi contestée ait principalement pour but de maintenir et de renforcer l'intégrité du processus électoral. Je ne doute pas non plus qu'un tel objectif soit toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique.

39

The intervener Attorney General for Ontario also points out that candidates in certain Canadian jurisdictions possess considerable influence in determining the structure of an election administration. Specifically, a candidate may effectively control who becomes an enumerator, a poll official, or a scrutineer. Regulating the influence an individual convicted of an *Elections Act* offence may exercise on the electoral machinery is of itself of pressing and substantial concern going as it does to the integrity of the electoral process.

L'intervenant le procureur général de l'Ontario signale également que, dans certaines provinces canadiennes, les candidats aux élections exercent une influence sur la mise en place des structures administratives d'un scrutin. Plus précisément, un candidat peut effectivement déterminer qui devient recenseur, membre du personnel de scrutin ou scrutateur. La réglementation de l'influence que les personnes déclarées coupables d'une infraction à la *Loi électorale* peuvent exercer sur le mécanisme électoral est en soi une préoccupation urgente et réelle, puisqu'elle touche l'intégrité du processus électoral.

Rational Connection

The first branch of the proportionality inquiry requires us to determine whether there is a rational connection between the means employed in s. 119(c), the five-year disqualification and the vacating of a legislative seat, and the objective of the section of preserving the integrity of the electoral process. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 291, Wilson J. thus enunciated the standard that must be met in performing this task:

The *Oakes* inquiry into “rational connection” between objectives and means to attain them requires nothing more than a showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt.

In my view, both the impugned provisions of s. 119 meet this requirement. The requirement that an elected MLA vacate his seat on being convicted of a corrupt or illegal election offence logically furthers the objective of preserving the integrity of the election process. It is a straightforward method whereby the electorate is assured that the voting process will be fair. By requiring a sitting member to vacate his seat his tainted election is voided and a new election process undertaken. To argue, as the appellant does, that one less vote would not have changed the outcome of the election is to misunderstand the concept of integrity.

I am also of the view that the five-year disqualification is rationally connected to the objective. A mandatory disqualification acts as a strong deterrent and helps to promote confidence in the electoral system. Again, the appellant’s contention that the disqualification displays paternalism on the part of the legislature misses the point. The provision is meant to protect the public not only from a particular offender, but from offenders in general. In other words the legislature is aiming at both general and specific deterrence.

Le lien rationnel

Dans le cadre du premier volet de l’examen de la proportionnalité, il nous faut déterminer s’il existe un lien rationnel entre, d’une part, les moyens utilisés à l’al. 119c), c’est-à-dire la période d’inéligibilité de cinq ans et la vacance de siège, et, d’autre part, l’objectif visé par la disposition, c’est-à-dire préserver l’intégrité du processus électoral. Dans l’arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 291, le juge Wilson énonce ainsi la norme à respecter dans cette évaluation:

L’examen, proposé dans *Oakes*, du «lien rationnel» entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n’exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur.

À mon avis, les deux dispositions contestées de l’art. 119 satisfont à cette exigence. L’obligation faite au député d’abandonner son siège s’il est déclaré coupable d’une manœuvre frauduleuse ou d’une infraction électorale favorise logiquement la réalisation de l’objectif de préservation de l’intégrité du processus électoral. Il s’agit là d’une méthode simple, qui assure à l’électorat que le scrutin sera juste. Comme le député est tenu d’abandonner son siège, son élection viciée est annulée et une nouvelle élection est déclenchée. Soutenir, comme le fait l’appelant, qu’un vote de moins n’aurait pas changé le résultat du scrutin, c’est mal comprendre la notion d’intégrité.

Je suis également d’avis qu’il existe un lien rationnel entre la période d’inéligibilité de cinq ans et l’objectif poursuivi. En effet, une période d’inéligibilité obligatoire constitue un bon moyen de dissuasion et contribue à donner confiance dans le système électoral. Une fois de plus, l’appelant rate la cible lorsqu’il prétend que l’inéligibilité est une manifestation de paternalisme de la part du législateur. La disposition vise à protéger le public non seulement contre un contrevenant en particulier, mais encore contre les contrevenants en général. Autrement dit, le législateur vise un objectif de dissuasion à la fois générale et spécifique.

42 I would also reject the appellant's contention that the operation of s. 119(c) is arbitrary because it is mandatory in nature and applies to everyone convicted of a corrupt or illegal practice. While the section is mandatory, it only comes into play when an individual has been convicted of one of a number of prescribed offences each of which involves an attack on the integrity of the democratic process, albeit some may be more serious than others. If a Member of the Legislative Assembly is convicted of any of these offences the whole of the electoral process may be brought into disrepute. The argument that the penalty is arbitrary is also weakened by the fact that it is only imposed after a conviction in a court of law. Finally, the fact that the trial judge has no discretion with respect to this part of the penalty is no more arbitrary than any minimum sentence found in the *Criminal Code* or any other penal statute.

43 I conclude, therefore, that s. 119(c) is rationally connected to the objective of preserving the integrity of the electoral process and is not arbitrary in that it applies only to a specified group of individuals who are charged with and convicted of specified offences.

Minimal Impairment

44 In considering the minimal impairment requirement under the *Oakes* approach it is important to keep in mind the standard that the limitation in question must meet. I dealt with this issue in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 305, where, though I was in dissent, the following expressed the views of the majority as well:

...the minimal impairment requirement does not impose an obligation on the government to employ the least intrusive measures available. Rather, it only requires it to demonstrate that the measures employed were the least intrusive, in light of both the legislative objective and the infringed right. [Emphasis in original.]

Je rejette également la prétention de l'appelant que l'application de l'al. 119c) est arbitraire parce que cette disposition a un caractère obligatoire et vise quiconque est déclaré coupable d'une manœuvre frauduleuse ou d'un acte illicite. Bien que cet article soit obligatoire, il s'applique seulement lorsqu'une personne est déclarée coupable de l'une des infractions prévues, qui sont toutes des atteintes à l'intégrité du processus démocratique, quoique certaines puissent être plus graves que d'autres. Le fait qu'un député de l'Assemblée législative soit déclaré coupable de l'une de ces infractions est susceptible de déconsidérer l'ensemble du processus électoral. L'argument que la sanction est arbitraire perd également de la valeur du fait que celle-ci n'est infligée qu'à la suite d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour de justice. Enfin, le fait que le juge de première instance n'ait aucun pouvoir discrétionnaire sur cet aspect de la sanction ne la rend pas plus arbitraire que toute peine minimale prévue par le *Code criminel* ou une autre loi pénale.

Je conclus donc que l'al. 119c) a un lien rationnel avec l'objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral et qu'il n'est pas arbitraire du fait qu'il s'applique seulement à un groupe précis de personnes qui sont accusées et déclarées coupables d'infractions précises.

L'atteinte minimale

Dans l'examen de l'atteinte minimale requise par la méthode établie dans l'arrêt *Oakes*, il faut tenir compte de la norme à laquelle la limite en cause doit satisfaire. J'ai traité de cette question dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 305, où, malgré que je fus dissident, les propos qui suivent exprimaient l'opinion de la majorité:

...l'exigence de l'atteinte minimale n'impose pas l'obligation au gouvernement d'avoir recours aux mesures disponibles les moins attentatoires. Cette exigence l'oblige seulement à démontrer que les mesures prises sont les moins attentatoires compte tenu tant de l'objectif législatif que du droit violé. [Souligné dans l'original.]

As I have already noted, the infringed right in the present case is one of the most fundamental in the *Charter*, going as it does to the very heart of a free and democratic society — a representative and responsible government. At the same time, however, the objective of the limitation is equally fundamental to ensuring the effective exercise of that right.

With respect to that part of s. 119(c) that requires convicted individuals to vacate their legislative seat, I agree with the respondents that such a response is appropriate and in no way overreaches the target when the objective of maintaining the integrity of the electoral process is considered. As is evident from the material before the Court, expulsion of a sitting member from his or her seat in the legislature is the historical response to corrupt and illegal election practices. Such a penalty indicates that activity that is ultimately inimical to the goal of effective representation and the electoral process underlying our free and democratic society cannot be tolerated.

The imposition of a five-year disqualification raises a more difficult issue. Accepting, as I do, that there is a rational connection between some term of disqualification and the desired objective, the question is reduced to what period of disqualification represents a minimal impairment of the appellant's s. 3 *Charter* rights. It clearly makes sense that the appellant should not be allowed to run in the by-election that arises from him vacating his seat, but how much further should it go? In settling on a five-year disqualification the legislature has ensured that the appellant is ineligible to run in the next general election. While it is true that there could be several elections within that time, the legislature has chosen a fixed term, presumably because of its added certainty. In addition, a five-year disqualification provides for a time of cleansing, allowing the integrity of the electoral process

Comme je l'ai déjà mentionné, le droit violé en l'espèce est l'un des droits les plus fondamentaux prévus par la *Charte*, car il touche à l'essence même de la société libre et démocratique — le gouvernement représentatif et responsable. Toutefois, l'objectif visé par la limite est tout aussi fondamental pour assurer l'exercice efficace de ce droit.

En ce qui concerne la partie de l'al. 119c) qui contraint les personnes déclarées coupables à quitter leur siège à l'Assemblée législative, je conviens avec les intimés qu'une telle solution est appropriée et ne va pas trop loin, compte tenu de l'objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral. Comme l'indiquent clairement les documents présentés à la Cour, l'expulsion d'un député de son siège à l'assemblée législative est la mesure prise historiquement à l'égard des manœuvres électorales frauduleuses et illicites. Une telle sanction indique qu'on ne saurait tolérer les activités qui, en dernière analyse, sont incompatibles avec l'objectif de représentation effective et avec le processus électoral qui est à la base de notre société libre et démocratique.

L'imposition d'une période d'inéligibilité de cinq ans soulève une question plus épineuse. Si l'on admet, comme je le fais, l'existence d'un lien rationnel entre l'imposition d'une période d'inéligibilité et l'objectif recherché, la question se limite alors à déterminer la période d'inéligibilité qui constitue une atteinte minimale aux droits garantis à l'appelant par l'art. 3 de la *Charte*. De toute évidence, il est logique que l'appelant ne soit pas autorisé à se porter candidat à l'élection complémentaire rendue nécessaire par la vacance de son siège, mais jusqu'à quand l'interdiction devrait-elle durer? En optant pour une période d'inéligibilité de cinq ans, le législateur a fait en sorte que l'appelant ne puisse pas se porter candidat à l'élection générale suivante. Même s'il est vrai qu'il pourrait y avoir plusieurs élections durant cette période, le législateur a choisi de fixer une période déterminée, vraisemblablement en raison de la certitude qu'ajoute cette solution. De plus, la période d'inéligibilité de cinq ans est un temps de purification qui permet de rétablir l'intégrité du processus

45

46

to be renewed both in real terms and in the mind of the electorate.

47

This Court has on several occasions asserted its unwillingness to second-guess the legislature in choosing between acceptable options. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 782, Dickson C.J. indicated that “[t]he courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line”, and in *RJR-MacDonald*, *supra*, McLachlin J. had this to say, at p. 342:

The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. 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. . . .

In the present instance I can see no reason why this Court should interfere with the balancing engaged in by the Legislature. A degree of deference is especially appropriate in this case where the impugned legislative provisions are aimed at transgressing members of the New Brunswick Legislative Assembly. Surely the members of that body are in the best position to choose between available options when it comes to deterring other members from breaching the trust that exists between them, the electorate, and the House as a whole.

Proportionality Between Effects and Objective

48

The final step in the *Oakes* analysis is to determine if the effects of s. 119(c), the removal of the appellant as the member for Carleton North and his five-year disqualification from running as a candidate, are proportional to the section’s objective of ensuring the integrity of the electoral process. In this regard the appellant drew attention to the following as showing that the effects are not proportional to the objective: that s. 119(c) applies before any appeal of a conviction can be heard, and that the five-year disqualification would continue regardless of the outcome of an appeal. In

électoral tant dans les faits que dans l’esprit des électeurs.

Notre Cour a, maintes fois, affirmé sa réticence à critiquer après coup le choix que le législateur a fait entre des solutions acceptables. Dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 782, le juge en chef Dickson a indiqué que «[l]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l’endroit où tracer une ligne de démarcation», et dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin ajoute, aux pp. 342 et 343:

Le processus d’adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. 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 . . .

En l’espèce, je ne vois pas pourquoi notre Cour devrait modifier l’équilibre établi par le législateur. Une certaine déférence s’impose de façon particulière dans la présente affaire où les dispositions législatives contestées visent les députés de l’Assemblée législative du Nouveau-Brunswick qui y contreviennent. Les membres de ce corps législatif sont certes les mieux placés pour choisir les différentes solutions disponibles pour dissuader les députés d’abuser de la confiance qui existe entre eux, les électeurs et l’Assemblée législative dans son ensemble.

La proportionnalité entre les effets et l’objectif

La dernière étape de l’analyse proposée dans *Oakes* consiste à déterminer si les effets de l’al. 119c), à savoir la destitution de l’appelant de sa charge de député de Carleton-Nord et la période d’inéligibilité de cinq ans, sont proportionnels à l’objectif de cette disposition, qui est de garantir l’intégrité du processus électoral. À cet égard, l’appelant a souligné les points suivants, qui tendraient à indiquer que les effets ne sont pas proportionnels à l’objectif: d’une part, l’al. 119c) s’applique avant l’audition d’un éventuel appel de la déclaration de culpabilité, et d’autre part, la période d’inéligibilité

particular, he argued, it was inappropriate that a sitting member would be required to give up his seat and be denied an opportunity to run in a by-election when the possibility still existed that his conviction would be overturned on appeal.

Clearly if an appeal was successful it would be difficult to undo the damage imposed by s. 119(c) by the removal of the member from the Legislative Assembly. However, the issue of what happens pending an appeal is not in itself determinative of the s. 1 analysis. While suspending the removal of an elected member pending an appeal could have been an option chosen by the Legislature, as has been done with some election-related statutes in other provinces and even in New Brunswick itself, it would have the effect of leaving both the convicted member and his constituents in a state of suspended animation that would do nothing to enhance respect for the democratic system or further the goal of effective representation.

Given that there is no stay of the operation of s. 119(c) pending an appeal, the issue was raised both before the trial judge and before this Court regarding the consequences flowing from a successful appeal of a conviction under the *Elections Act*. In particular, counsel for the appellant argued that the five-year disqualification would apply to an individual even if the conviction was subsequently overturned on appeal. In support of this proposition, he referred us to the trial judge who had proceeded with his analysis on the assumption that once a sitting member had been forced to vacate his or her seat such member could not be restored to it. I take this to mean that the vacancy created by the operation of s. 119(c) could not be set aside even if the conviction was overturned on appeal before a by-election was held. However, I see nothing in the trial judge's reasons or in the statute itself to suggest that the five-year disqualification would not cease to apply upon a successful appeal by a convicted member. Thus he or she would be eligible to run in the by-election if it had

de cinq ans se poursuit indépendamment de l'issue de l'appel. De façon plus particulière, a-t-il soutenu, il ne convient pas qu'un député soit tenu d'abandonner son siège et se voie privé de la possibilité de se porter candidat à une élection complémentaire quand il est encore possible que la déclaration de culpabilité soit infirmée en appel.

Il est évident que si un appelant obtenait gain de cause dans un tel cas, il serait difficile de réparer le préjudice causé par la destitution du député de l'Assemblée législative en vertu de l'al. 119c). Toutefois, la question de ce qui se produit jusqu'à l'issue de l'appel n'est pas en soi déterminante en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier. Même si le législateur avait pu choisir de suspendre la destitution d'un député jusqu'à l'issue de l'appel, comme cela s'est produit dans certaines lois concernant les élections dans d'autres provinces et même au Nouveau-Brunswick, une telle solution aurait pour effet de plonger le député déclaré coupable et ses électeurs dans une léthargie qui ne favoriserait aucunement le respect du système démocratique ou la réalisation de l'objectif de représentation effective.

Étant donné que l'al. 119c) continue de s'appliquer pendant un appel, on a soulevé, tant devant le juge de première instance que devant notre Cour, la question des conséquences qui découleraient en cas d'appel fructueux d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de la *Loi électorale*. Plus précisément, l'avocat de l'appelant a prétendu que la période d'inéligibilité de cinq ans s'appliquerait à une personne même si la déclaration de culpabilité était ensuite infirmée en appel. Au soutien de cette thèse, il nous a renvoyés au juge de première instance qui fait son analyse en partant du principe qu'une fois qu'un député a été forcé d'abandonner son siège, il ne peut le réintégrer. Si je comprends bien, on prétend que la vacance créée par l'application de l'al. 119c) ne pourrait pas être annulée, même si la déclaration de culpabilité était infirmée en appel avant la tenue d'une élection complémentaire. Cependant, je ne vois rien dans les motifs du juge de première instance ou dans la loi elle-même qui indique que la période d'inéligibilité de cinq ans ne cesserait pas de s'appliquer si un député

not yet been held, or to run in the next general election.

déclaré coupable obtenait gain de cause en appel. Ce député pourrait alors être candidat à l'élection complémentaire, si elle n'a pas déjà eu lieu, ou encore à l'élection générale suivante.

51 In my view, the effects of s. 119(c) are proportional to its objective of ensuring, preserving, and protecting the integrity of the electoral process, subject to the *caveat* given above that the five-year disqualification would cease to apply if a member's conviction was overturned on appeal. Consequently, s. 119(c) of the *Elections Act* is a justified infringement upon the right to be qualified for membership in the Legislative Assembly.

À mon avis, les effets de l'al. 119c) sont proportionnels à son objectif qui est de garantir et de préserver l'intégrité du processus électoral, compte tenu toutefois de la réserve susmentionnée selon laquelle la période d'inéligibilité de cinq ans prend fin si la déclaration de culpabilité d'un député est infirmée en appel. Par conséquent, l'al. 119c) de la *Loi électorale* constitue une atteinte justifiée au droit d'être éligible à l'Assemblée législative.

Severance of the Offending Provisions

La dissociation des dispositions fautives

52 At trial, s. 119(a) of the *Elections Act* was found to be unconstitutional and the trial judge severed it from the remaining provisions of the section. No appeal of the constitutional finding was brought by the Crown, but both in the Court of Appeal and before this Court the appellant argued that severance was not appropriate in this instance and that s. 119 as a whole should be struck down as being unconstitutional. It is well established that the test that must be met in order to sever an offending provision is that the legislature would have enacted the surviving portion without enacting the offending provision (*Schachter v. Canada, supra*, at p. 697). In my view, when looking at s. 119 as a whole it is clear that each of its three provisions is separate from the others and that there would be no change in the intent or character of the legislation if s. 119(a) were severed from the rest. Such a result is in keeping with the established practice of Canadian courts in severing unconstitutional limitations on the right to vote found in both provincial and federal legislation.

Au procès, l'al. 119a) de la *Loi électorale* a été déclaré inconstitutionnel et le juge l'a dissocié des autres dispositions de l'article. Le ministère public n'en a pas appelé de cette conclusion d'inconstitutionnalité, mais devant la Cour d'appel ainsi que devant notre Cour, l'appelant a soutenu que la dissociation n'était pas appropriée en l'espèce et que l'art. 119 dans son ensemble devait être annulé pour cause d'inconstitutionnalité. Il est bien établi que le critère auquel il faut satisfaire pour dissocier une disposition fautive consiste à démontrer que le législateur aurait édicté la partie subsistante sans la disposition fautive (*Schachter c. Canada*, précité, à la p. 697). À mon avis, si on examine l'art. 119 dans son ensemble, il est évident que ses trois dispositions sont distinctes les unes des autres et que, si l'al. 119a) était dissocié du reste de l'article, cela ne modifierait en rien l'objet ou le caractère de la loi. Un tel résultat est conforme à la pratique bien établie des tribunaux canadiens en matière de dissociation des limites inconstitutionnelles du droit de vote constatées tant dans les lois provinciales que fédérales.

Conclusion

Conclusion

53 To summarize, assuming the application of the *Charter*, the provisions of s. 119(c) of the *Elections Act* violate the rights guaranteed under s. 3 of the *Charter* but do not constitute cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. However, s. 119(c) is saved under s. 1 as it is a reasonable

Pour résumer, en admettant que la *Charte* s'applique, les dispositions de l'al. 119c) de la *Loi électorale* violent les droits garantis par l'art. 3 de la *Charte*, mais elles ne constituent pas des peines cruelles et inusitées au sens de l'art. 12 de la *Charte*. Toutefois, la validité de l'al. 119c) est sau-

limit demonstrably justified in a free and democratic society. Since no appeal was taken in respect of the trial judge's ruling that s. 119(a) is unconstitutional, that ruling must, of course, stand but the provision can be severed from the remainder of the section.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs and, assuming the *Charter* applies, I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1. Do the disqualifications prescribed by s. 119(c) of the *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3,

(a) relating to the right to be elected to or to sit in the Legislative Assembly,

(b) relating to the vacation of the seat of a convicted member,

infringe or deny in whole or in part the rights and freedoms guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Question 2. Do the disqualifications prescribed by s. 119(c) of the *Elections Act*

(a) relating to the right to be elected to or to sit in the Legislative Assembly,

(b) relating to the vacation of the seat of a convicted member,

infringe or deny in whole or in part the rights and freedoms guaranteed by s. 12 of the *Charter*?

Answer: No.

Question 3. If the answer to question (1) or (2) is in the affirmative, does the infringement or denial constitute a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: Yes.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. — I have read the reasons of Justice La Forest and agree with him that the disqualification of Mr. Harvey from sitting in the New Brunswick legislature for five years from the

vegardée par l'article premier, car cet alinéa constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Puisque aucun appel n'a été interjeté à l'égard de la décision du juge de première instance que l'al. 119a) est inconstitutionnel, cette décision demeure évidemment valide, mais la disposition peut être dissociée du reste de l'article.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et, en admettant que la *Charte* s'applique, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1. Les inhabilités prescrites par l'al. 119c) de la *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3,

a) relativement au droit d'être élu ou de siéger à l'Assemblée législative,

b) relativement à la vacance du siège d'un député déclaré coupable,

portent-ils atteinte en totalité ou en partie aux droits et libertés garantis par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 2. Les inhabilités prescrites par l'al. 119c) de la *Loi électorale*

a) relativement au droit d'être élu ou de siéger à l'Assemblée législative,

b) relativement à la vacance du siège d'un député déclaré coupable,

portent-ils atteinte en totalité ou en partie aux droits et libertés garantis par l'art. 12 de la *Charte*?

Réponse: Non.

Question 3. En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l'atteinte en cause constitue-t-elle une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Oui.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai pris connaissance des motifs du juge La Forest et je suis d'accord avec lui pour dire qu'il faut maintenir l'inhabilité de M. Harvey à siéger à la législature du Nouveau-

date of his conviction for corruption must stand. My colleague proceeds on the assumption that the courts have the power to review the legislature's rule disqualifying Mr. Harvey. He goes on to find that the disqualification provision infringes s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but is saved under s. 1 as a reasonable limitation demonstrably justified in a free and democratic society. I would approach the matter differently. I am of the view that the disqualification for office raised in this case falls within the historical privilege of the legislature and is hence immune from judicial review.

Brunswick pendant une période de cinq ans à compter de la date de sa déclaration de culpabilité de corruption. Mon collègue tient pour acquis que les tribunaux judiciaires ont le pouvoir de réviser la règle de la législature qui rend M. Harvey inhabile à siéger. Il conclut ensuite que la disposition qui prescrit cette inhabilité viole l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* mais est sauvegardée, en vertu de l'article premier, en tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. J'aborderais la question de façon différente. Je suis d'avis que l'inhabilité à occuper une charge qui est soulevée en l'espèce relève du privilège historique de la législature et échappe donc au contrôle judiciaire.

56

La Forest J. declines to address this argument on the ground that it was raised by an intervener — the Attorney General of Canada — rather than the parties. I arrive at a different conclusion on this preliminary point for three reasons. First, I see no reason to decline to entertain an argument merely because an intervener, rather than the parties, raises it. The very point of permitting interventions is to obtain alternative arguments which may shed new light on a problem. Second, it seems to me that before questioning whether the New Brunswick legislature has violated the *Charter*, it behooves the Court to ask whether it has the right to question at all. Third, convinced as I am that the courts must defer to the Legislative Assembly on a matter within its privilege, I prefer not to engage in a hypothetical analysis of the *Charter* issues in this case. The discomfort in doing so is heightened for me by the fact that it requires the Court to postulate that a statutory provision which is necessary to the proper functioning of democracy (see La Forest J.'s s. 1 analysis) in fact violates the democratic guarantees of the *Charter*. For me, the issue is not whether the *Charter* "prevails over" particular exercises of parliamentary privilege. The *Charter* and parliamentary privilege are both constitutional principles of fundamental importance. Our object should be to reconcile them in such a way as will preserve both meaningful legislative

Le juge La Forest refuse d'aborder cet argument pour le motif qu'il a été soulevé par un intervenant — le procureur général du Canada — plutôt que par les parties. J'arrive à une conclusion différente sur cette question préliminaire pour trois raisons. Premièrement, je ne vois aucune raison de refuser d'examiner un argument simplement parce qu'il est soulevé par un intervenant plutôt que par les parties. L'intérêt de permettre les interventions est d'obtenir d'autres arguments susceptibles de clarifier un problème. Deuxièmement, il me semble qu'avant de se demander si la législature du Nouveau-Brunswick a violé la *Charte*, il incombe à la Cour de se demander si seulement elle a le droit de se poser la question. Troisièmement, étant convaincue que les tribunaux doivent s'en remettre à l'Assemblée législative en ce qui concerne un sujet relevant de son privilège, je préfère ne pas me lancer dans une analyse hypothétique des questions relatives à la *Charte* en l'espèce. Je suis d'autant plus gênée de le faire que cela exige que la Cour présuppose qu'une disposition législative nécessaire au bon fonctionnement de la démocratie (voir l'analyse de l'article premier par le juge La Forest) viole en fait les garanties démocratiques offertes par la *Charte*. Quant à moi, il ne s'agit pas de savoir si la *Charte* «l'emporte sur» l'exercice du privilège parlementaire dans des cas précis. La *Charte* et le privilège parlementaire sont tous deux des principes constitutionnels d'une importance fondamentale. Nous devrions avoir comme objectif

privilege as well as the fundamental democratic values guaranteed by the *Charter*.

The Facts

Fred Harvey was elected in the 1991 general election to represent the electoral district of Carleton North in the New Brunswick legislature. After the election, he was convicted under the New Brunswick *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, and fined \$100 for having induced a minor to vote in the election, knowing that she was ineligible to vote. Section 119 of the Act disqualifies anyone “convicted of having committed any offence that is a corrupt or illegal practice” from holding electoral office for five years from the date of conviction. Mr. Harvey was consequently expelled from the legislature. Mr. Harvey then sought a court declaration that the disqualification provisions of the Act violated s. 3 of the *Charter*, which provides that “[e]very citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein”. The trial judge granted the declaration with respect to the portion of s. 119(c) which imposes a five-year bar to sitting, but upheld under s. 1 of the *Charter* the portion of s. 119(c) which requires a sitting member to vacate his or her seat on conviction for a corrupt or illegal practice: (1993), 133 N.B.R. (2d) 181, 341 A.P.R. 181. The Court of Appeal dismissed the appeal and allowed the cross-appeal, Rice J.A. dissenting, holding that both of the prescriptions of s. 119(c) of the Act were justified under s. 1 of the *Charter*: (1993), 141 N.B.R. (2d) 117, 361 A.P.R. 117, 109 D.L.R. (4th) 371. In the result, Mr. Harvey was unable to stand as a candidate in the 1993 by-election in his riding or in the 1995 general elections.

de les concilier de façon à préserver à la fois l’existence d’un privilège législatif utile et les valeurs démocratiques fondamentales garanties par la *Charte*.

Les faits

Fred Harvey a été élu, lors de l’élection générale de 1991, pour représenter la circonscription électorale de Carleton-Nord à la législature du Nouveau-Brunswick. Après l’élection, il a été déclaré coupable, en vertu de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, d’avoir incité une mineure à voter à l’élection, tout en sachant qu’elle n’avait pas le droit de voter. L’article 119 de la Loi rend quiconque est «déclaré coupable d’une infraction constituant une manœuvre frauduleuse ou un acte illicite» inhabile à siéger comme député pendant une période de cinq ans à compter de la date de sa déclaration de culpabilité. Monsieur Harvey a donc été expulsé de la législature. Il a alors cherché à obtenir un jugement déclarant que les dispositions de la Loi relatives à l’inéligibilité violaient l’art. 3 de la *Charte*, qui prévoit que «[t]out citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales». Le juge de première instance a accordé le jugement déclaratoire relativement à la partie de l’al. 119c) qui impose une interdiction de siéger pendant cinq ans, mais il a maintenu, en vertu de l’article premier de la *Charte*, la partie de l’al. 119c) qui exige qu’un député déjà élu abandonne son siège à la date de sa déclaration de culpabilité de manœuvre frauduleuse ou d’acte illicite: (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 181, 341 A.P.R. 181. La Cour d’appel a rejeté l’appel principal et accueilli l’appel incident, avec dissidence de la part du juge Rice, en concluant que les deux exigences prescrites par l’al. 119c) de la Loi étaient justifiées au sens de l’article premier de la *Charte*: (1993), 141 R.N.-B. (2^e) 117, 361 A.P.R. 117, 109 D.L.R. (4th) 371. En définitive, M. Harvey n’a pu se porter candidat ni à l’élection complémentaire tenue en 1993 dans sa circonscription ni à l’élection générale de 1995.

The Legislation

58 Section 119(c) of the New Brunswick *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3:

119 Any person who is convicted of having committed any offence that is a corrupt or illegal practice shall, during the five years next after the date of his being convicted, in addition to any other punishment by this or any other Act prescribed, be disqualified from and be incapable of

. . .

(c) being elected to or sitting in the Legislative Assembly and, if at such date he has been elected to the Legislative Assembly, his seat shall be vacated from the time of such conviction.

Sections 1 and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

Analysis

59 Mr. Harvey does not deny that he engaged in a corrupt practice contrary to the *Elections Act*. Nor does he deny that having been convicted of the practice, the Act disqualifies him from sitting in the legislature and from standing for office for five years from the conviction date. His sole argument is that both his expulsion and the law which requires it violate s. 3 of the *Charter*, which provides that every citizen has a right to be qualified for membership in the legislature.

60 This argument raises at the outset the issue of what power the courts have to question a rule of the legislature as to the consequences of electoral corruption. More particularly, are the courts empowered to interfere with the constitutional

Les dispositions législatives pertinentes

L'alinéa 119c) de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3:

119 Quiconque est déclaré coupable d'une infraction constituant une manœuvre frauduleuse ou un acte illicite est, pendant les cinq années qui suivent la date de sa déclaration de culpabilité, en plus de toute autre peine imposée par la présente loi ou par toute autre loi, privé du droit et incapable

. . .

c) d'être élu ou de siéger à l'Assemblée législative et, s'il est déjà élu à cette date à l'Assemblée législative, son siège devient vacant à la date d'une telle déclaration de culpabilité.

L'article premier et l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Analyse

Monsieur Harvey ne nie pas s'être livré à une manœuvre frauduleuse contrairement à la *Loi électorale*. Il ne nie pas non plus qu'étant donné qu'il a été déclaré coupable de cette manœuvre la Loi le rend inhabile à siéger à la législature et à se porter candidat à une élection pendant une période de cinq ans à compter de la date de sa déclaration de culpabilité. Il fait seulement valoir que son expulsion et la loi qui l'exige violent toutes deux l'art. 3 de la *Charte*, qui prévoit que tout citoyen est éligible aux élections législatives provinciales.

Cet argument soulève, au départ, la question de savoir quel pouvoir ont les tribunaux de mettre en doute une règle de la législature relative aux conséquences de la corruption électorale. Plus particulièrement, les tribunaux ont-ils le pouvoir d'empiéter

privilege of the legislature to bar persons convicted of corrupt electoral practices from sitting in the Assembly? This Court in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, held that while rules of the legislature are subject to review by the courts to determine whether they fall within the protected sphere of parliamentary privilege, the courts have no power to review decisions made within the privileged domain. It follows that if the disqualification of Mr. Harvey may be properly characterized as an exercise of parliamentary privilege, the courts have no power to review it.

Parliamentary Privilege and the Courts

If democracies are to survive, they must insist upon the integrity of those who seek and hold public office. They cannot tolerate corrupt practices within the legislature. Nor can they tolerate electoral fraud. If they do, two consequences are apt to result. First, the functioning of the legislature may be impaired. Second, public confidence in the legislature and the government may be undermined. No democracy can afford either.

When faced with behaviour that undermines their fundamental integrity, legislatures are required to act. That action may range from discipline for minor irregularities to expulsion and disqualification for more serious violations. Expulsion and disqualification assure the public that those who have corruptly taken or abused office are removed. The legislative process is purged and the legislature, now restored, may discharge its duties as it should.

Expulsion and disqualification for corruption could be left to be dealt with as the need arises. However, the Canadian Parliament and the legislatures of Canada have thought it better to set out

sur le privilège constitutionnel de la législature d'interdire aux personnes déclarées coupables de manœuvres électorales frauduleuses de siéger à l'assemblée législative? Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, notre Cour a statué que, bien que les règles de la législature puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire afin de déterminer si elles relèvent du domaine protégé du privilège parlementaire, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de contrôler les décisions conformes à ce privilège. Il s'ensuit que, si l'inéligibilité de M. Harvey peut être qualifiée correctement d'exercice du privilège parlementaire, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de l'examiner.

Le privilège parlementaire et les tribunaux judiciaires

Pour survivre, les démocraties doivent insister sur l'intégrité de ceux qui cherchent à remplir et qui remplissent une charge publique. Elles ne sauraient tolérer les manœuvres frauduleuses au sein de la législature. Elles ne sauraient non plus tolérer la fraude électorale. Si elles le font, deux conséquences risquent d'en résulter. Premièrement, le fonctionnement de la législature peut être affecté. Deuxièmement, la confiance du public dans la législature et le gouvernement peut être minée. Aucune démocratie ne peut se permettre que l'une ou l'autre situation se produise.

En présence d'un comportement qui mine leur intégrité fondamentale, les législatures sont tenues d'agir. Cette action peut aller de mesures disciplinaires dans le cas d'irrégularités mineures jusqu'à l'expulsion et à l'inéligibilité dans le cas de violations plus graves. L'expulsion et l'inéligibilité garantissent au public la destitution de ceux qui ont obtenu une charge frauduleusement ou en ont abusé. Le processus législatif est purifié et la législature, maintenant rétablie, peut s'acquitter de ses tâches comme elle le doit.

On pourrait reporter au moment où le besoin se fera sentir l'examen de la question de l'expulsion et de l'inéligibilité pour corruption. Cependant, le Parlement et les législatures du Canada ont jugé

61

62

63

rules in legislative form. They have passed statutes like the New Brunswick *Elections Act* which spell out what will happen if, for example, a candidate is convicted of corrupt electoral practices. These statutes impose sanctions not only of expulsion, but also of disqualification so as to preclude the ejected member from sterilizing the disciplinary process by immediately standing for re-election and re-entering the legislative assembly. The legislative assemblies of most democracies have, through legislation, promulgated rules regulating expulsion and disqualification. See *Representation of the People Act 1983* (U.K.), 1983, c. 2; *Commonwealth Electoral Act 1918* (Aus.), 1918, No. 27, as amended; *Electoral Act 1993* (N.Z.), 1993, No. 87; and similar legislation in most American states: 26 Am. Jur. 2d at § 381 (1996).

64 The history of the prerogative of Parliament and legislative assemblies to maintain the integrity of their processes by disciplining, purging and disqualifying those who abuse them is as old as Parliament itself. Erskine May, writing in 1863, stated this in his *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament* (5th ed. 1863), at p. 54:

Another important power peculiar to the Commons, is that of determining all matters touching the election of their own members. This right has been regularly claimed and exercised since the reign of Queen Elizabeth, and probably in earlier times. . . .

65 Prior to Confederation, the scope of privileges enjoyed by colonial legislative assemblies was circumscribed in accordance with their status as dependants of the mother Parliament in Westminster. Colonial assemblies were deemed to lack many of the privileges which full-fledged legislative bodies possess, such as the right to require testimony under oath and the right to punish transgressions committed outside the legislative assembly. The common law accorded to colonial legislative bodies only those "inherent" privileges

préférable d'établir des règles sous forme de mesures législatives. Ils ont adopté des lois comme la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick qui explique clairement ce qui arrivera si, par exemple, un candidat est déclaré coupable de manœuvres électorales frauduleuses. Ces lois imposent des peines non seulement d'expulsion mais également d'inéligibilité de façon à empêcher le député expulsé de rendre stérile le processus disciplinaire en se portant de nouveau immédiatement candidat à une élection dans le but de réintégrer l'assemblée législative. Les assemblées législatives de la plupart des démocraties ont, par voie législative, promulgué des règles régissant l'expulsion et l'inéligibilité. Voir la *Representation of the People Act 1983* (R.-U.), 1983, ch. 2, la *Commonwealth Electoral Act 1918* (Austr.), 1918, n° 27, et ses modifications, l'*Electoral Act 1993* (N.-Z.), 1993, n° 87, et des lois similaires dans la plupart des États américains: 26 Am. Jur. 2d § 381 (1996).

L'histoire du privilège exclusif du Parlement et des assemblées législatives de préserver l'intégrité de leurs processus respectifs en punissant, en expulsant et en frappant d'incapacité ceux qui en ont abusé est aussi vieille que le Parlement lui-même. Erskine May écrivait en 1863, dans son ouvrage intitulé *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament* (5^e éd. 1863), à la p. 54:

[TRADUCTION] Un autre pouvoir important propre à la Chambre des communes est celui de statuer sur tout ce qui concerne l'élection de ses propres membres. Ce droit a été invoqué et exercé régulièrement depuis le règne de la Reine Elizabeth, et probablement à des époques antérieures . . .

Avant la Confédération, l'étendue des privilèges dont jouissaient les assemblées législatives coloniales était limitée conformément à leur assujettissement au Parlement de Westminster. On considérait que les assemblées législatives coloniales ne possédaient pas un bon nombre des privilèges des corps législatifs à part entière, comme le droit d'exiger des témoignages sous serment et le droit de punir les transgressions commises à l'extérieur de l'assemblée législative. La common law n'accordait aux corps législatifs coloniaux que les pri-

necessary to their most basic functioning. See *Dawson's The Government of Canada* (6th ed. 1987), at pp. 113-17; A. Heard, "The Expulsion and Disqualification of Legislators: Parliamentary Privilege and the Charter of Rights" (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 380, at pp. 400 ff.; and J. Maingot, *Parliamentary Privilege in Canada* (1982), at pp. 2-4. This Court in *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, held that even these limited inherent powers over internal proceedings would be sufficient to permit the Speaker of the Nova Scotia Legislative Assembly to ban cameras from the Legislative Chamber.

Since Confederation, however, the privilege of Parliament and the legislatures is no longer limited to the inherent privileges possessed by the colonial legislative bodies. Since 1867, Canadian legislatures have possessed the power to legislate privileges for themselves. The history of how they acquired this power is detailed by Heard, *supra*, at pp. 401-2:

With the passage of the *Colonial Laws Validity Act* in 1865, colonial assemblies were generally able to legislate for themselves what privileges they wished, unless limited by other statutes. While the Canadian Parliament came into being with the powers of the British House of Commons in 1867, it was limited to those powers. As a result its 1873 *Oaths Act* was disallowed, since the British Commons only acquired this power to compel testimony under oath in 1871. Consequently, the limiting provision of the *Constitution Act, 1867* was amended in 1875 to provide express statutory authority to the Canadian Parliament to grant itself additional privileges. The Canadian House of Commons enjoys the privileges of the British House of Commons, but this link to Britain is now entirely discretionary. It is based on s. 18 of the *Constitution Act, 1867* and s. 4 of the *Parliament of Canada Act*, but this British foundation is plainly within the competence of the Canadian Parliament to amend or sever under s. 44 of the *Constitution Act, 1982*. The general authority under the *Colonial Laws Validity Act* was used after Confederation by provincial legislatures, which also found the former powers of colonial assemblies to be inadequate but were not expressly limited to the British powers of 1867. This authority to expand the base of privileges was explicitly upheld in a Privy Council case dealing with Nova Scotia's statutory adoption of broader privileges. Nova Scotia claimed in 1876

vilèges «inhérents» nécessaires à leur fonctionnement le plus élémentaire. Voir *Dawson's The Government of Canada* (6^e éd. 1987), aux pp. 113 à 117, A. Heard, «The Expulsion and Disqualification of Legislators: Parliamentary Privilege and the Charter of Rights» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 380, aux pp. 400 et suiv., et J. Maingot, *Le privilège parlementaire au Canada* (1987), aux pp. 3 à 5. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, notre Cour a conclu que même ces pouvoirs inhérents limités sur la procédure interne suffiraient à permettre au président de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse d'interdire la présence de caméras à l'intérieur de son enceinte.

Depuis la Confédération, toutefois, le privilège du Parlement et des législatures ne se limite plus aux privilèges inhérents que possédaient les corps législatifs coloniaux. Depuis 1867, les législatures canadiennes ont le pouvoir de s'attribuer des privilèges par voie législative. Heard, *loc. cit.*, aux pp. 401 et 402, explique en détail comment elles ont acquis ce pouvoir:

[TRADUCTION] À la suite de l'adoption de la *Colonial Laws Validity Act* en 1865, les assemblées législatives coloniales pouvaient généralement s'attribuer par voie législative les privilèges qu'elles voulaient, sous réserve des limites prescrites par d'autres lois. Bien que, lors de sa création en 1867, le Parlement canadien ait été doté des pouvoirs de la Chambre des communes britannique, il ne possédait que ces pouvoirs. C'est ainsi que la *Loi sur les serments* de 1873 a été désavouée, puisque la Chambre des communes britannique n'a acquis ce pouvoir de contraindre à témoigner sous serment qu'en 1871. En conséquence, la disposition limitative de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifiée en 1875, de manière à conférer expressément au Parlement canadien le pouvoir légal de s'attribuer d'autres privilèges. La Chambre des communes du Canada jouit des privilèges de la Chambre des communes britannique, mais ce lien avec la Grande-Bretagne est maintenant tout à fait discrétionnaire. Il est fondé sur l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur l'art. 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, mais le Parlement canadien a manifestement la compétence voulue pour modifier ou rompre ce fondement britannique en vertu de l'art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le pouvoir général conféré par la *Colonial Laws Validity Act* a été utilisé après la Confédération par les législatures provinciales, qui ont également conclu que les anciens pouvoirs des

the privileges of the Canadian House of Commons following a court decision denying the Assembly the power to punish for contempt under its original, inherent privileges. For their own part, the provincial legislatures may change their legislative privileges through the authority they have under s. 45 to amend their own "provincial constitutions"; the Privy Council ruled in 1896 that legislative privileges were squarely within the jurisdiction of a provincial legislature to amend the "provincial constitution" found at the time in s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*. [Footnotes omitted.]

assemblées législatives coloniales étaient inadéquats mais n'étaient pas limités expressément aux pouvoirs britanniques de 1867. Ce pouvoir d'élargir le fondement des privilèges a été confirmé expressément dans un arrêt du Conseil privé portant sur l'adoption, par voie législative, de privilèges plus vastes par la Nouvelle-Écosse. La Nouvelle-Écosse a revendiqué, en 1876, les privilèges de la Chambre des communes du Canada à la suite d'une décision judiciaire qui niait à l'Assemblée le pouvoir de punir quelqu'un pour outrage en vertu de ses privilèges inhérents originels. Pour leur part, les législatures provinciales peuvent modifier leurs privilèges législatifs grâce au pouvoir qu'elles ont, en vertu de l'art. 45, de modifier leurs propres «constitutions provinciales»; le Conseil privé a jugé, en 1896, que les privilèges législatifs relevaient directement de la compétence d'une législature provinciale de modifier la «constitution provinciale» qui figurait, à l'époque, au par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Renvois omis.]

67 It is thus clear that Parliament and the legislatures of Canada are not confined to regulating procedure within their own chambers, but also have the power to impose rules and sanctions pertaining to transgressions committed outside their chambers. The disqualification provisions of s. 119(c) of the New Brunswick *Elections Act* may be seen as an expression of this power. The legislature, in order to ensure the integrity of, and public confidence in, its processes has stipulated that those who abuse its electoral rules cannot sit in the Assembly for a period of five years thereafter.

Il est donc clair que le Parlement et les législatures du Canada sont non seulement habilités à régler leur propre procédure interne, mais aussi à imposer des règles et sanctions relatives aux transgressions commises à l'extérieur de leur enceinte. Les dispositions de l'al. 119c) de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick relatives à l'inéligibilité peuvent être perçues comme une expression de ce pouvoir. Afin de garantir l'intégrité de son processus et d'assurer qu'il jouit de la confiance du public, la législature a prévu que ceux qui abuseront de ses règles électorales ne pourront, par la suite, siéger à l'assemblée législative pendant une période de cinq ans.

68 The power of Parliament and the legislatures to regulate their procedures both inside and outside the legislative chamber arises from the *Constitution Act, 1867*. The preamble to the *Constitution Act, 1867* affirms a parliamentary system of government, incorporating into the Canadian Constitution the right of Parliament and the legislatures to regulate their own affairs. The preamble also incorporates the notion of the separation of powers, inherent in British parliamentary democracy, which precludes the courts from trenching on the internal affairs of the other branches of govern-

Le pouvoir du Parlement et des législatures de régler leur procédure tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur enceinte découle de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* proclame l'existence d'un régime parlementaire de gouvernement, qui incorpore dans la Constitution canadienne le droit du Parlement et des législatures de régler leurs propres affaires. Le préambule incorpore également la notion de séparation des pouvoirs, inhérente à la démocratie parlementaire britannique, qui interdit aux tribunaux d'empiéter sur les

ment. As I wrote in *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, at p. 389:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.

Because parliamentary privilege enjoys constitutional status it is not "subject to" the *Charter*, as are ordinary laws. Both parliamentary privilege and the *Charter* constitute essential parts of the Constitution of Canada. Neither prevails over the other. While parliamentary privilege and immunity from improper judicial interference in parliamentary processes must be maintained, so must the fundamental democratic guarantees of the *Charter*. Where apparent conflicts between different constitutional principles arise, the proper approach is not to resolve the conflict by subordinating one principle to the other, but rather to attempt to reconcile them.

The necessary reconciliation of parliamentary privilege and s. 3 of the *Charter* is achieved by interpreting the democratic guarantees of s. 3 in a purposive way. The purpose of the democratic guarantees in the *Charter* must be taken to be the preservation of democratic values inherent in the existing Canadian Constitution, including the fundamental constitutional right of Parliament and the legislatures to regulate their own proceedings. Express words would be required to overthrow such an important constitutional principle as parliamentary privilege. It follows that s. 3 of the *Charter* must be read as being consistent with parliamentary privilege. However, this does not leave s. 3 without meaning. Expulsions and disqualification from office may, if found to fall within the scope of parliamentary privilege, be beyond the purview of s. 3. But s. 3 still operates to prevent

affaires internes des autres branches de gouvernement. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 389:

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches: la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre.

Vu que le privilège parlementaire jouit d'un statut constitutionnel, il n'est pas «assujéti» à la *Charte*, comme le sont les lois ordinaires. Le privilège parlementaire et la *Charte* constituent tous deux des parties essentielles de la Constitution du Canada. Ils ne l'emportent pas l'un sur l'autre. De même qu'il faut maintenir le privilège parlementaire et l'immunité contre l'intervention inappropriée des tribunaux dans le processus parlementaire, il faut aussi maintenir les garanties démocratiques fondamentales de la *Charte*. Lorsque surgissent des conflits apparemment entre différents principes constitutionnels, il convient non pas de résoudre ces conflits en subordonnant un principe à l'autre, mais plutôt d'essayer de les concilier.

La conciliation nécessaire du privilège parlementaire et de l'art. 3 de la *Charte* est réalisée en donnant aux garanties démocratiques de l'art. 3 une interprétation fondée sur l'objet visé. Il faut considérer que les garanties démocratiques de la *Charte* visent à préserver les valeurs démocratiques inhérentes à la Constitution canadienne actuelle, dont le droit constitutionnel fondamental du Parlement et des législatures de régler leurs propres débats. Un principe constitutionnel aussi important que le privilège parlementaire ne peut être renversé que de façon expresse. Il s'ensuit que l'art. 3 de la *Charte* doit être interprété comme étant compatible avec le privilège parlementaire. Cependant, cela ne dépouille pas de tout sens l'art. 3. L'expulsion et l'incapacité à remplir une charge peuvent échapper à l'application de l'art. 3 si l'on conclut qu'elles relèvent du privi-

citizens from being disqualified from holding office on grounds which fall outside the rules by which Parliament and the legislatures conduct their business; race and gender would be examples of grounds falling into this category. Viewed from this perspective, s. 3 may be seen as reflecting, in the democratic context, the values enshrined in the equality guarantee of s. 15 of the *Charter*. This approach gives full value to the purpose, the content and the place of s. 3 in the context not only of the *Charter*, but the Constitution as a whole.

lège parlementaire. Mais cet article a encore pour effet d'empêcher que des citoyens deviennent inhabiles à occuper une charge pour des motifs non visés par les règles auxquelles le Parlement et les législatures assujettissent la conduite de leurs affaires; la race et le sexe constitueraient des exemples de motifs qui tombent dans cette catégorie. Sous cet angle, l'art. 3 peut être perçu comme reflétant, dans le contexte démocratique, les valeurs comprises dans la garantie d'égalité figurant à l'art. 15 de la *Charte*. Ce point de vue donne toute leur valeur à l'objet, au contenu et à la place de l'art. 3 dans le contexte non seulement de la *Charte*, mais encore de la Constitution dans son ensemble.

71 This is not to say that the courts have no role to play in the debate which arises where individual rights are alleged to conflict with parliamentary privilege. Under the British system of parliamentary supremacy, the courts arguably play no role in monitoring the exercise of parliamentary privilege. In Canada, this has been altered by the *Charter's* enunciation of values which may in particular cases conflict with the exercise of such privilege. To prevent abuses cloaked in the guise of privilege from trumping legitimate *Charter* interests, the courts must inquire into the legitimacy of a claim of parliamentary privilege. As this Court made clear in *New Brunswick Broadcasting*, the courts may properly question whether a claimed privilege exists. This screening role means that where it is alleged that a person has been expelled or disqualified on invalid grounds, the courts must determine whether the act falls within the scope of parliamentary privilege. If the court concludes that it does, no further review lies.

Cela ne signifie pas que les tribunaux n'ont aucun rôle à jouer dans le débat qui survient lorsqu'on allègue l'existence d'un conflit entre des droits individuels et le privilège parlementaire. On peut soutenir que, sous le régime britannique de la suprématie du Parlement, les tribunaux ne jouent aucun rôle dans la surveillance de l'exercice du privilège parlementaire. Au Canada, la situation a changé du fait que la *Charte* énonce des valeurs qui, dans certains cas, peuvent entrer en conflit avec l'exercice de ce privilège. Pour éviter que des abus sous le couvert d'un privilège éclipsent des droits légitimes garantis par la *Charte*, les tribunaux doivent examiner la légitimité d'une revendication de privilège parlementaire. Comme notre Cour l'a précisé dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, les tribunaux peuvent, à juste titre, se demander si le privilège revendiqué existe vraiment. Ce rôle de tamisage signifie que, lorsqu'on soutient qu'une personne a été expulsée ou déclarée inéligible pour des motifs non valides, les tribunaux doivent déterminer si la mesure prise est visée par le privilège parlementaire. Si la cour conclut par l'affirmative, aucun autre examen n'est nécessaire.

72 British jurisprudence distinguishes between privileges asserted by resolution and privileges effected automatically by statute. In respect of privileges asserted by resolution, British courts have developed a doctrine of necessity, enabling them to inquire whether the action taken by resolu-

La jurisprudence britannique distingue les privilèges invoqués par voie de résolution d'avec les privilèges conférés automatiquement par la loi. Dans le cas des privilèges invoqués par voie de résolution, les tribunaux britanniques ont établi un principe de la nécessité, qui leur permet d'exami-

tion is necessary to the proper functioning of the House. The necessity inquiry does not ask whether the particular action at issue was necessary, and hence does not involve substantive judicial review. Rather, it asks whether the dignity, integrity and efficiency of the legislative body could be maintained if it were not permitted to carry out the type of action sought to be done, for example to expel a person from the legislature or disqualify a person from seeking office on grounds of corruption. Following this rule, this Court in *New Brunswick Broadcasting* inquired whether the resolution there in issue was necessary to the proper functioning of the legislature and the maintenance of its integrity. The question was left open whether a similar inquiry should be conducted where a legislated privilege, like the one asserted in the case at bar, is in question.

It has been suggested that in the Canadian constitutional context, it might be appropriate to subject all exercises of parliamentary privilege, whether asserted by resolution or by statute, to the necessity rule: Heard, *supra*, at p. 404. There is much to recommend such an extension of the necessity doctrine in Canada, and little to justify a distinction between privilege claimed by resolution and privilege claimed by legislation. The drawing of such a distinction is particularly difficult to accept in a state such as Canada, which recognizes the right of courts to review, where appropriate, the constitutionality of legislation. While it is not necessary in this case to decide whether the necessity doctrine should be so extended, I proceed here on the assumption that in determining whether a parliamentary privilege has been established in respect of a legislated disqualification, the court should ask whether the privilege claimed is necessary to the dignity, integrity or efficient functioning of the legislature.

ner si la mesure prise par voie de résolution est nécessaire au bon fonctionnement de la Chambre. L'examen relatif à la nécessité ne porte pas sur la question de savoir si la mesure en cause était nécessaire, et il n'implique donc pas un contrôle judiciaire de fond. On se demande plutôt si la dignité, l'intégrité et l'efficacité du corps législatif pourraient être préservées s'il n'était pas permis d'accomplir le genre d'acte que l'on cherche à accomplir, comme par exemple, expulser une personne de la législature ou déclarer une personne inhabile à solliciter une charge pour des motifs de corruption. Suivant cette règle dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, notre Cour s'est demandé si la résolution en cause dans cette affaire était nécessaire au bon fonctionnement de la législature et à la préservation de son intégrité. On n'a pas répondu à la question de savoir s'il y aurait lieu de se poser une question semblable lorsqu'il s'agit d'un privilège créé par voie législative, comme celui invoqué en l'espèce.

On a laissé entendre que, dans le contexte constitutionnel canadien, il conviendrait peut-être d'assujettir au principe de la nécessité tous les exercices de privilège parlementaire, qu'il soit invoqué par voie de résolution ou par voie législative: Heard, *loc. cit.*, à la p. 404. Il y a beaucoup de raisons de recommander un tel élargissement du principe de la nécessité au Canada, alors que peu de raisons justifient l'établissement d'une distinction entre le privilège invoqué par voie de résolution et le privilège invoqué par voie législative. L'établissement d'une telle distinction est tout particulièrement difficile à accepter dans un pays comme le Canada, qui reconnaît aux tribunaux le droit d'examiner la constitutionnalité d'une loi lorsque cela est indiqué. Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de déterminer s'il y a lieu d'élargir ainsi le principe de la nécessité, je tiens pour acquis que, pour déterminer si on a établi l'existence d'un privilège parlementaire à l'égard d'une inhabilité prescrite par voie législative, la cour devrait se demander si le privilège invoqué est nécessaire à la dignité, à l'intégrité ou au bon fonctionnement de la législature.

74

This, in broad outline, suggests how the constitutional principle of parliamentary privilege may be reconciled with the democratic guarantees of the *Charter*. Section 3 of the *Charter* guarantees that candidates will not be denied electoral office by reason of discrimination on the basis of such grounds as race, class or gender. It does not, however, oust the historic privilege of the legislature to deny membership to those who disqualify themselves by crime, corruption or other misconduct. The courts may review an act or ruling of the legislature to determine whether it properly falls within the domain of parliamentary privilege. If it does not, they may proceed with *Charter* review. If it does, they must leave the matter to the legislature. This approach preserves parliamentary privilege and the principle of the separation of powers, while at the same time assuring the protection of the right under s. 3 of the *Charter* not to be excluded from public office on grounds unrelated to the need of the legislature to maintain order and the integrity of its processes.

75

Viewed thus, the main issue in this case is whether the disqualification of Mr. Harvey under s. 119(c) of the New Brunswick *Elections Act* is a valid exercise of parliamentary privilege. It is to that question that I now turn.

Is Parliamentary Privilege Established in this Case?

76

The authorities establish that expulsion from the legislature of members deemed unfit is a proper exercise of parliamentary privilege. Regarding the British House of Commons, Erskine May, *supra*, wrote that, “[n]o power exercised by the Commons is more undoubted than that of expelling a member from the house, as a punishment for grave offences” (p. 58). In Canada, J. G. Bourinot, in *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada* (2nd ed. 1892), at pp. 193-94, affirmed the same rule:

En gros, cela montre comment le principe constitutionnel du privilège parlementaire peut être concilié avec les garanties démocratiques de la *Charte*. L’article 3 de la *Charte* garantit que les candidats ne se verront pas refuser une charge d’élu pour un motif de discrimination fondé notamment sur la race, la classe sociale ou le sexe. Il ne supprime pas, toutefois, le privilège historique de la législature de déclarer inéligibles les personnes qui se rendent inhabiles pour cause de crime, de corruption ou d’une autre inconduite. Les tribunaux peuvent examiner une mesure ou une décision de la législature pour déterminer si elle relève du privilège parlementaire. Si elle n’en relève pas, ils peuvent effectuer un examen fondé sur la *Charte*. Si elle en relève, ils doivent laisser à la législature le soin d’examiner cette question. Cette méthode permet de préserver le privilège parlementaire et le principe de la séparation des pouvoirs, tout en assurant la protection du droit, garanti par l’art. 3 de la *Charte*, de ne pas être écarté d’une charge publique pour des motifs n’ayant rien à voir avec la nécessité pour la législature de préserver l’ordre et l’intégrité de son processus.

Sous cet angle, la principale question en l’espèce est de savoir si l’inéligibilité de M. Harvey, en vertu de l’al. 119c) de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, est un exercice valide du privilège parlementaire. C’est cette question que je vais maintenant aborder.

L’existence d’un privilège parlementaire est-elle établie en l’espèce?

La doctrine et la jurisprudence établissent que l’expulsion de la législature des députés jugés inaptes à siéger est un exercice approprié du privilège parlementaire. En ce qui concerne la Chambre des communes britannique, Erskine May, *op. cit.*, a écrit qu’[TRADUCTION] «[a]ucun pouvoir exercé par la Chambre des communes n’est plus indubitable que celui d’expulser un député de la Chambre pour le punir d’une infraction grave» (p. 58). Au Canada, J. G. Bourinot confirme la même règle, dans *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada* (2^e éd. 1892), aux pp. 193 et 194:

The power of Parliament to expel a member is undoubted. This power has been repeatedly exercised by the English and Colonial Parliaments, either when members have been guilty of a positive crime, or have offended against the laws and regulations of the House, or have been guilty of fraudulent or other discreditable acts, which proved that they were unfit to exercise the trust which their constituents had reposed in them, and that they ought not to continue to associate with the other members of the legislature.

Expulsion may be justified on two grounds: to enforce discipline within the House; and to remove those whose behaviour has made them unfit to remain as members: Heard, *supra*, at p. 392. Both objectives are important. With respect to the latter, Heard points out that within the past decade, “at least eighteen Canadian legislators were convicted of criminal offences, including sexual assault, assault (on a wife), and murder; while most resigned, a few hung doggedly on until they were expelled by their assembly or defeated at the polls”. He adds:

No legislature can be venerated as an institution of governance if it is populated with such unsavoury characters. Indeed, some would add that the civic virtue of a society requires the removal from public office of the corrupt, criminal, and profoundly immoral.

The right of expulsion on these two grounds — discipline and unfit behaviour — is a matter of parliamentary privilege and is not subject to judicial review. Thus Maingot, *supra*, concludes at pp. 161-62:

What is clear is that the ordinary civil and criminal jurisdiction of the courts does not extend to determining the rights of members to sit in the House, and the courts equally have nothing to do with questions affecting its membership except in so far as they have been specially designated by law to act in such matters as, for example, under the *Dominion Controverted Elections Act*.

The absence of judicial review where a legitimate ground of expulsion is established may be interpreted as a recognition that a broad and unfet-

[TRADUCTION] Le pouvoir du Parlement d’expulser un député est indubitable. Ce pouvoir a été exercé à maintes reprises par les parlements anglais et coloniaux lorsque des députés avaient été coupables d’un crime explicite, lorsqu’ils avaient contrevenu aux lois et aux règlements de la Chambre, ou encore lorsqu’ils s’étaient rendus coupables d’actes frauduleux ou déshonorants, qui prouvaient qu’ils étaient inaptes à inspirer la confiance que leurs électeurs avaient mise en eux et qu’ils devaient être dissociés des autres députés.

L’expulsion peut être justifiée pour deux raisons: maintenir la discipline à l’intérieur de la Chambre, et destituer ceux dont le comportement les a rendus inaptes à rester députés: Heard, *loc. cit.*, à la p. 392. Les deux objectifs sont importants. En ce qui concerne le deuxième, Heard souligne que, pendant la dernière décennie, [TRADUCTION] «au moins dix-huit députés canadiens ont été déclarés coupables d’infractions criminelles, dont une agression sexuelle, des voies de fait (sur une épouse) et un meurtre; alors que la plupart ont démissionné, quelques-uns se sont accrochés à leur poste jusqu’à ce qu’ils soient expulsés de leur assemblée ou défaits aux élections». Il ajoute:

[TRADUCTION] Aucune législature ne peut être respectée en tant qu’institution de gestion publique si elle rassemble de tels personnages équivoques. En fait, certains ajouteraient que la vertu civique d’une société exige la destitution d’une charge publique des éléments corrompus, criminels et profondément immoraux.

Le droit d’expulser pour ces deux motifs, à savoir pour maintenir la discipline et pour punir le comportement indigne, est une question de privilège parlementaire et n’est pas assujéti au contrôle judiciaire. Ainsi, Maingot, *op. cit.*, conclut, à la p. 194:

Il est évident que la juridiction civile et pénale ordinaire des tribunaux ne les habilite pas à connaître du droit d’un député de siéger à la Chambre, ni des questions concernant la composition de la Chambre, sauf lorsqu’ils sont spécialement chargés par une loi, comme la *Loi sur les élections fédérales contestées*, de trancher des questions de ce genre.

L’absence de contrôle judiciaire, dans le cas où l’existence d’un motif légitime d’expulsion est établie, peut être interprétée comme une reconnais-

77

78

79

tered right to expel members, free from judicial interference and the uncertainty, conflict, and delay that such interference might engender, is necessary to the proper functioning of democracy. Indeed, the need for dignity and efficiency in the House has long been accepted as requiring nothing less. The history of the struggle for parliamentary privilege supports this conclusion. Consider the case that laid down the principle of necessity, *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.). At issue was a declaration by the Commons that protected the publishers of the debates from libel suits. The courts declared that they had the power to review this declaration and struck it down. Parliament resolved the dispute by passing the *Parliamentary Papers Act, 1840* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 9, which expressly protected the publishers of debates from libel. This protection is now accepted, in Canada as in Britain, as a fundamental tenet of parliamentary privilege. The point is not that the legislature is always right. The point is rather that the legislature is in at least as good a position as the courts, and often in a better position, to decide what it requires to function effectively. In these circumstances, a dispute in the courts about the propriety of the legislative body's decision, with the delays and uncertainties that such disputes inevitably impose on the conduct of legislative business, is unjustified.

sance du fait qu'un droit général et absolu d'expulser des députés, libre de toute intervention judiciaire et de toute incertitude, tout conflit et tout délai qu'une telle intervention pourrait entraîner, est nécessaire au bon fonctionnement de la démocratie. En fait, il est reconnu depuis longtemps que le besoin de dignité et d'efficacité de la Chambre ne requiert rien de moins. L'histoire de la lutte menée pour obtenir le privilège parlementaire appuie cette conclusion. Examinons l'arrêt *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (B.R.) qui a établi le principe de la nécessité. Il y était question d'une déclaration de la Chambre des communes qui protégeait les éditeurs du journal des débats contre les poursuites en libelle diffamatoire. Les tribunaux ont déclaré qu'ils avaient le pouvoir d'examiner cette déclaration et l'ont annulée. Le Parlement a réglé le litige en adoptant la *Parliamentary Papers Act, 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., ch. 9, qui protégeait expressément les éditeurs du journal des débats contre le libelle diffamatoire. Cette protection est maintenant reconnue, au Canada tout comme en Grande-Bretagne, comme un principe fondamental du privilège parlementaire. Ce n'est pas que la législature a toujours raison, mais plutôt qu'elle est au moins aussi en mesure que les tribunaux, et souvent davantage, de décider ce qu'il lui faut pour bien fonctionner. Dans ces cas, un litige devant les tribunaux au sujet de l'à-propos de la décision du corps législatif, avec les délais et les incertitudes que de tels litiges engendrent inévitablement dans les affaires législatives, n'est pas justifié.

80

It is thus clear that had the New Brunswick legislature simply expelled Mr. Harvey, that decision would fall squarely within its parliamentary privilege and the courts would have no power to review it. Here, however, we are concerned with a legislated rule to disqualify persons convicted of corrupt electoral practices for a period of time. This raises the question whether disqualification falls within the sphere of parliamentary privilege. Disqualification may be argued to fall within parliamentary privilege on two grounds: first, as a means

Il est donc évident que, si la législature du Nouveau-Brunswick avait simplement expulsé M. Harvey, cette décision relèverait directement de son privilège parlementaire et les tribunaux n'auraient pas le pouvoir de l'examiner. Cependant, en l'espèce, nous avons affaire à une règle adoptée par voie législative pour rendre inéligibles pendant une certaine période les personnes déclarées coupables de manœuvres électorales frauduleuses. Cela soulève la question de savoir si l'inéligibilité relève du privilège parlementaire. On peut soutenir que l'inéligibilité relève du privilège parlementaire pour deux raisons: premièrement, en tant que

of making expulsion effective; and second, as a privilege in its own right.

On the first ground, the question is whether disqualification is necessary to make expulsion an effective sanction. Before us, the New Brunswick Attorney General argued that disqualification is necessary to prevent a “revolving door”. In my view, this argument has merit. Unless the legislature has the power to disqualify a person who has violated its rules from seeking office for a period of time, there is nothing to prevent the person from simply seeking re-election in the first available by-election, often in the very riding vacated by the expulsion order. As Heard notes at p. 394, there are ample examples in Britain and Canada of legislators being expelled, re-elected in the ensuing by-election, only to be expelled again for being still unfit for the legislature. As to the ill effects of such fruitless cycles of expulsion and re-election, Heard concludes that:

A legislature does not have conclusive authority to discipline its members if it expels someone simply to have that person returned to carry on where he or she left off. Disqualification would give finality to a disciplinary decision to expel a member.

Disqualification may also fall within parliamentary privilege in its own right. It serves the same purposes as expulsion for acts committed outside the legislature, which has long been recognized as privileged. A person’s fitness to sit as a lawmaker is called into question by criminal acts committed outside the legislature just as surely as misconduct within the legislative chamber. That unfitness is as manifest at the time of election as when the person takes his or her seat in the legislature. The legislature should be permitted to determine in advance of the person taking office whether he or she is fit to serve, rather than being required to wait until the person assumes office. In so doing, unnecessary election costs may be saved and the riding is not

moyen de rendre l’expulsion efficace, et deuxièmement, en tant que privilège en soi.

En ce qui concerne la première raison, il s’agit de savoir si l’inéligibilité est nécessaire pour faire de l’expulsion une sanction efficace. Le procureur général du Nouveau-Brunswick a soutenu, devant nous, que l’inéligibilité est nécessaire pour éviter le [TRADUCTION] «syndrome de la porte tournante». À mon avis, cet argument est fondé. À moins que la législature n’ait le pouvoir de rendre une personne qui a violé ses règles inhabile à solliciter une charge pendant une certaine période, il n’y a rien qui empêche cette personne de chercher simplement à se faire réélire à la première élection complémentaire venue, souvent dans la circonscription même qui est devenue vacante en raison de l’ordonnance d’expulsion. Comme Heard le fait remarquer, à la p. 394, il y a de nombreux exemples en Grande-Bretagne et au Canada de députés qui ont été expulsés, réélus à l’élection complémentaire suivante, pour être ensuite expulsés de nouveau parce qu’ils étaient encore inaptes à siéger à la législature. Quant aux effets néfastes de tels cycles stériles d’expulsion et de réélection, Heard conclut:

[TRADUCTION] Une législature n’a pas de pouvoir déterminant de punir ses députés si elle expulse quelqu’un pour ensuite voir cette même personne revenir occuper la charge qu’elle a quittée. L’inéligibilité conférerait un caractère définitif à une décision disciplinaire d’expulser un député.

L’inéligibilité peut également relever du privilège parlementaire en tant que privilège en soi. Elle sert les mêmes fins que l’expulsion pour des actes accomplis à l’extérieur de la législature, qui a longtemps été reconnue comme constituant un privilège. L’aptitude d’une personne à siéger comme député est mise en question par des actes criminels accomplis à l’extérieur de la législature de la même façon que l’inconduite à l’intérieur de l’enceinte législative. Cette inaptitude est tout aussi manifeste au moment de l’élection que lorsque la personne prend possession de son siège à la législature. La législature devrait pouvoir déterminer à l’avance si la personne qui entre en fonction est apte ou non à occuper sa charge, plutôt que de

81

82

left without a sitting member while a new election is held. In short, the right to disqualify is necessary to the dignity and efficiency of the legislature. If we accept that a legislature has the right to prevent people convicted of crimes or corruption from sitting as lawmakers, then common sense and the need for efficiency require that the legislature be permitted to disqualify potential members as well as to expel existing members.

83 On the broader basis of political theory, it may also be argued that the remedy of disqualification is a necessary appurtenance of a legislative assembly. Thus Maingot, *supra*, states at p. 161 that in Britain: “the House of Commons may exclude, suspend, or expel any member for any reason” (emphasis added). From a Canadian perspective, Marcel Pelletier, in “Privilege in the Canadian Parliament” (1973), 54 *Parliamentarian* 143, writes at p. 149:

Acceptance by the Commons is a test which all Members must meet and the Canadian House has on occasions rejected a Member notwithstanding any legal qualification and the regularity of his election. . . .

The fact that the House rarely questions the qualifications and the right of its Members is no indication that an elected candidate does not have to meet the test of acceptability to his colleagues. The authority of the House of Commons to reject a fully qualified and properly elected Member has not been weakened by time or disuse.

If, as Heard, *supra*, at p. 395, puts it, “[t]he authorities are clear that under parliamentary privilege, a legislative body is in general control of its membership”, it is difficult to argue that rules by which candidates are disqualified for corruption do not fall within the domain of parliamentary privilege. The test of acceptance must, of course, comport

devoir attendre que la personne remplisse ses fonctions. Ce faisant, on peut éviter des frais d’élection inutiles et la circonscription n’est pas dépourvue de député jusqu’à la tenue d’une nouvelle élection. Bref, le droit de déclarer un député inhabile à siéger est nécessaire à la dignité et à l’efficacité de la législature. Si nous admettons qu’une législature a le droit d’empêcher les gens déclarés coupables de crimes ou de corruption de siéger comme députés, le bon sens et le besoin d’efficacité exigent qu’elle puisse déclarer inhabiles à siéger des députés éventuels et expulser des députés siégeant déjà.

Compte tenu plus généralement de la théorie politique, on peut également soutenir que le recours à l’inéligibilité est un accessoire nécessaire à une assemblée législative. C’est ainsi que Maingot, *op. cit.*, affirme, à la p. 194, qu’en Grande-Bretagne, «la Chambre des communes peut exclure, suspendre ou expulser un député pour n’importe quel motif» (je souligne). D’un point de vue canadien, Marcel Pelletier écrit, dans «Privilege in the Canadian Parliament» (1973), 54 *Parliamentarian* 143, à la p. 149:

[TRADUCTION] L’acceptation par la Chambre des communes est un critère auquel tous les députés doivent satisfaire et il est arrivé que la Chambre des communes du Canada ait rejeté un député malgré sa capacité juridique de siéger et la régularité de son élection. . . .

Même si la Chambre met rarement en doute la capacité juridique et le droit de siéger de ses députés, cela ne veut pas dire qu’un candidat élu n’est pas tenu de satisfaire au critère de l’acceptabilité pour ses collègues. Le pouvoir de la Chambre des communes de rejeter un député qui a la pleine capacité juridique et a été élu de façon régulière n’a pas diminué avec le temps ou la désuétude.

Si, comme Heard, *loc. cit.*, le dit, à la p. 395, [TRADUCTION] «[l]a doctrine et la jurisprudence indiquent clairement que, en vertu du privilège parlementaire, un corps législatif exerce un contrôle général sur les personnes qui en font partie», il est difficile de soutenir que les règles en vertu desquelles des candidats deviennent inéligibles pour cause de corruption ne relèvent pas du privilège parlementaire. Il va sans dire que le critère de l’acceptation doit composer avec des motifs pour

with grounds on which expulsion can legitimately be compelled.

The history of the power of a legislative body to make statutory rules of disqualification for candidature goes back at least two centuries. Convictions for corrupt and illegal election practices have been automatic disqualifications for many years both in Britain and in Canada. It may be concluded, therefore, as does Heard, *supra*, at p. 397, that “[t]he setting of disqualifications by statute . . . seem[s] logically to belong to [the] ancient privilege to determine matters relating to the election of members”.

It remains to consider the argument, made by Rice J.A. in the New Brunswick Court of Appeal, against the treatment of disqualification as a matter falling within parliamentary privilege. The argument is that the electorate, rather than the legislature, is the appropriate body to determine whether a person convicted of a crime or corrupt practice should sit as a lawmaker. While the legislature has the power to expel sitting members, the argument goes, the electorate should have the power to decide whether the person should be returned to office. It is asserted that it is not necessary to the effective functioning and dignity of the House that a person be denied the opportunity to seek election, and that the voters are better able to weigh the gravity of the particular offence than is the legislature.

Heard characterizes this argument as “at once appealing and troublesome” (p. 398). Its attraction lies in the democratic character of an appeal to the electorate. Its troubling aspect lies in the assumption that the electorate has, by electing a candidate, endorsed the candidate despite the crime or corruption. This will be true if the candidate is elected by a majority vote. Frequently, however, the winning candidate obtains only a minority of the popular vote. In such a case, it may be argued that the majority of the electorate has not only failed to approve of the candidate, but has positively disapproved of him or her, thus undermining the argu-

lesquels l’inéligibilité peut être légitimement imposée.

L’histoire du pouvoir d’un corps législatif d’établir des règles légales relatives à l’inhabilité à se porter candidat remonte à deux siècles au moins. Les déclarations de culpabilité de manœuvres électorales frauduleuses et illégales engendrent automatiquement des inhabilités à siéger depuis bien des années tant en Grande-Bretagne qu’au Canada. On peut donc conclure, comme le fait Heard, *loc. cit.*, à la p. 397, que [TRADUCTION] «[l’]établissement d’inhabilités par voie législative [. . .] semble [. . .] relever logiquement de l’ancien privilège de décider des questions ayant trait à l’élection de députés».

Il reste à examiner l’argument du juge Rice de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, selon lequel l’inéligibilité ne doit pas être considérée comme une question relevant du privilège parlementaire. Cet argument veut que ce soit l’électorat, et non la législature, qui est compétent pour décider si une personne déclarée coupable d’un crime ou d’une manœuvre frauduleuse devrait siéger comme député. Toujours selon cet argument, alors que la législature a le pouvoir d’expulser les députés déjà élus, l’électorat devrait pouvoir décider si la personne devrait réintégrer ses fonctions. On soutient que le bon fonctionnement et la dignité de la Chambre n’exigent pas qu’une personne soit privée de la possibilité de se porter candidat à une élection, et que les électeurs sont davantage en mesure d’évaluer la gravité de l’infraction donnée que ne l’est la législature.

Selon Heard, cet argument est [TRADUCTION] «attirant et embarrassant à la fois» (p. 398). Son attrait vient du caractère démocratique d’un appel à l’électorat. Son aspect embarrassant tient à la supposition que l’électorat a, en élisant un candidat, appuyé ce candidat malgré le crime ou la corruption en cause. Cela sera vrai si le candidat est élu par la majorité des voix exprimées. Souvent, toutefois, le candidat victorieux obtient seulement une minorité du vote populaire. Dans ce cas, on peut soutenir non seulement que la majorité des électeurs n’ont pas approuvé le candidat, mais encore qu’ils l’ont désapprouvé catégoriquement,

84

85

86

ment that re-election is a sign of popular approbation.

87 The argument also fails to recognize that the legislature, and indeed the whole system of democratic government, may be brought into disrepute by permitting those convicted of corruption to sit as lawmakers and to exercise the powers and responsibilities that appertain to that position. It is not only the constituents of the candidate's riding, but also the people of the entire province, who are entitled to an assurance that those charged with making and administering the laws of the land are persons of integrity. Their interest is better judged by the members of the legislature for the province than by the voters in a single riding.

88 I conclude that the power to disqualify members for corruption is necessary to the dignity, integrity and efficient functioning of a legislature. As such, it is protected by parliamentary privilege and falls outside the ambit of s. 3 of the *Charter*. It is a matter for the legislature, not the courts, to determine.

Conclusion

89 I conclude that s. 119(c) of the New Brunswick *Elections Act* is valid legislation. Mr. Harvey's disqualification was a legitimate exercise of parliamentary privilege and that disqualification must stand. Although I would dispose of the appeal as proposed by La Forest J., it follows from my conclusion that s. 3 of the *Charter* is not engaged in the present case. The constitutional questions do not, therefore, need to be answered.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Mockler, Peters, Oley, Rouse & Williams, Fredericton.

Solicitors for the respondents the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Municipalities, Culture and Housing: Paul M. LeBreton, Fredericton.

minant ainsi l'argument selon lequel la réélection est un signe d'approbation populaire.

L'argument avancé ne reconnaît pas non plus que la législature et, en fait, tout le régime de gouvernement démocratique peuvent être déconsidérés par le fait de permettre à des personnes déclarées coupables de corruption de siéger comme députés et d'exercer les pouvoirs et les fonctions rattachés à ce poste. Ce sont non seulement les électeurs de la circonscription du candidat, mais également les citoyens de toute la province, qui ont le droit d'être assurés que les gens chargés d'adopter et d'appliquer les lois du pays sont des personnes intègres. Leur intérêt est mieux évalué par les députés de la législature de la province que par les électeurs d'une seule circonscription.

Je conclus que le pouvoir de frapper d'inhabilité des députés pour cause de corruption est nécessaire à la dignité, à l'intégrité et au bon fonctionnement d'une législature. Il est donc protégé par le privilège parlementaire et n'est pas visé par l'art. 3 de la *Charte*. C'est une question qui doit être tranchée par la législature et non par les tribunaux.

Conclusion

Je conclus que l'al. 119c) de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick est valide. L'inhabilité à siéger de M. Harvey représentait un exercice légitime du privilège parlementaire et elle doit être maintenue. Même si je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest, il s'ensuit de la conclusion que j'ai tirée que l'art. 3 de la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. Il n'est donc pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Mockler, Peters, Oley, Rouse & Williams, Fredericton.

Procureurs des intimés le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre des Municipalités, de la Culture et de l'Habitation: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Solicitors for the respondents Dennis Cochrane and Hazen Myers: Crocco, Hunter, Purvis & Depow, Woodstock, N.B.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Robert E. Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Dominique A. Jobin, Ste-Foy.

Procureurs des intimés Dennis Cochrane et Hazen Myers: Crocco, Hunter, Purvis & Depow, Woodstock (N.-B.).

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Robert E. Charney, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Dominique A. Jobin, 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 6, 1996 Vol. 2

and Tables

Cited as [1996] 2 S.C.R. { i-xlv
929-1104

6^e cahier, 1996 Vol. 2

et Tables

Renvoi [1996] 2 R.C.S. { i-xlv
929-1104

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.....	xiii
Table of Cases Cited.....	xix
Statutes and Regulations Cited.....	xxxv
Authors Cited.....	xxxix
Index.....	1093

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

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xix
Lois et règlements cités.....	xxxvii
Doctrine citée.....	xxxix
Index.....	1099

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

D'Amato v. Badger 1071

Torts — Negligence — Economic loss — Loss of earning capacity — Individual plaintiff injured in automobile accident — Damages awarded to individual plaintiff for loss of earning capacity and to corporate plaintiff for pure economic loss suffered — Whether corporate plaintiff entitled to damages for pure economic loss in circumstances of case — Whether Court of Appeal correct in reducing trial judge's award for loss of earning capacity.

MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson..... 1048

Injunction — Interim injunction — Non-parties — Company granted interim injunction against protesters interfering with its logging operations — Whether courts have jurisdiction to make orders binding on non-parties — If so, whether such orders can be made against persons named only as "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" — Whether appropriate to include in such orders provisions authorizing police to arrest and detain strangers to litigation.

Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education..... 929

Constitutional law — Division of powers — Charter of Rights — Indirect taxation — Regulatory scheme affecting land development in order to finance new capital costs for schools necessitated by new development — Monies placed in common account and available to public and separate school boards — Whether charges an indirect tax — Whether charges prejudicially affecting a right or privilege with respect to denominational schools — Whether impugned provisions infringing s. 2(a) Charter right to freedom of religion and s. 15(1) Charter right of equality — If so, whether saved under s. 1 — Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("Scott Act"), ss. 14, 20 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1) — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(2), (9), (13), (16), 93(1) — Development Charges Act, R.S.O. 1990, c. D.9, ss. 30(1), (3), 35 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 122(1) — Education Development Charges, R.R.O. 1990, Reg. 268, ss. 1, 2, 3, 4, 5.

Trial — Standing — Application brought by association composed of builders — Builders affected by legislation — Whether appellants had standing.

SOMMAIRE (Fin)

D'Amato c. Badger 1071

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Perte de la capacité de gagner un revenu — Personne physique demanderesse blessée dans un accident d'automobile — Dommages-intérêts accordés à la personne physique demanderesse pour perte de la capacité de gagner un revenu et à la personne morale demanderesse pour la perte purement économique subie — Les faits en cause permettaient-ils à la personne morale demanderesse de recevoir des dommages-intérêts pour sa perte purement économique? — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de réduire le montant que le juge de première instance a accordé en indemnisation de la perte de la capacité de gagner un revenu?

MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson..... 1048

Injonction — Injonction provisoire — Tiers — Injonction provisoire accordée à la société contre des manifestants nuisant à ses activités d'exploitation forestière — Les tribunaux ont-ils compétence pour rendre des ordonnances opposables aux tiers? — Dans l'affirmative, ces ordonnances peuvent-elles être rendues contre des personnes désignées seulement comme «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues»? — Convient-il d'inclure dans ces ordonnances des dispositions autorisant la police à arrêter et détenir des personnes étrangères au litige?

Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York..... 929

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Charte des droits — Taxation indirecte — Régime de réglementation concernant des exploitations foncières en vue de financer de nouveaux coûts en immobilisations afférents à des écoles requises par de nouvelles exploitations — Fonds mis dans un compte commun à la disposition des conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées — Les redevances constituent-elles une taxe indirecte? — Les redevances portent-elles atteinte à un droit ou à un privilège relativement aux écoles confessionnelles? — Les dispositions contestées violent-elles le droit à la liberté de religion garanti par l'art. 2a) de la Charte et le droit à l'égalité garanti par l'art. 15(1)? — Si oui, sont-elles sauvegardées par l'article premier? — Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («Loi Scott») art. 14, 20 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(2), (9), (13), (16), 93(1) — Loi sur les redevances d'exploitation, L.R.O. 1990, ch. D.9, art. 30(1), (3), 35 — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 122(1) — Education Development Charges, R.R.O. 1990, Règl. 268, art. 1, 2, 3, 4, 5.

Procès — Qualité pour agir — Demande présentée par une association de constructeurs — Constructeurs visés par la loi — Les appelantes avaient-elles qualité pour agir?



1996 Volume 2

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
Liliane Baribeau
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
Liliane Baribeau
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

[1989] 2 S.C.R. p. 899, line c-4 of the French version.
Read “telle est l’intention sous-jacente” instead of
“telle est l’intervention sous-jacente”.

[1989] 2 R.C.S. p. 899, ligne c-4 de la version française.
Lire «telle est l’intention sous-jacente» au lieu de
“telle est l’intervention sous-jacente”.

MOTIONS — REQUÊTES
(May 1 to August 31, 1996 — 1^{er} mai au 31 août 1996)

- A.A. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25260, leave to appeal refused, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Allstate du Canada c. Compagnie d'assurances Wawanesa* (Qué.), 25049, leave to appeal refused with costs, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Amass Investments Ltd. v. Chiappetta* (Ont.), 25251, leave to appeal refused with costs, 15.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- American Home Assurance Co. v. Brkich & Brkich Enterprises Ltd.* (B.C.), 24959, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Canada v. Hoefele* (F.C.A.)(Ont.), 25037, leave to appeal refused with costs, 22.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bank of Montreal c. The Queen* (F.C.A.)(Qué.), 24956, leave to appeal refused, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Barnabe v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 25099, notice of discontinuance filed, 24.6.96, avis de désistement produit.
- Barrys Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (Nfld.), 24897, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrys Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (Nfld.), 24972, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bekar v. Regional District of Bulkley Nechako* (B.C.), 25065, leave to appeal refused with costs, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bertone c. Aboud* (Qué.), 25119, leave to appeal refused, 6.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Bethel v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25086, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Blaiklock Inc. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce* (Qué.), 25003, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Blanchard v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 24942, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Board of Governors of the University of Calgary v. Radhakrishnan* (Alta.), 25153, leave to appeal refused with costs, 15.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brompton Holdings Ltd. v. The Queen in right of the Province of British Columbia* (B.C.), 25128, leave to appeal refused, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Burnett c. St-George, Hébert Inc.* (Qué.), 25101, leave to appeal refused, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Butler v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25161, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Callaghan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25040, leave to appeal refused, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Callahan v. Courtnage* (Ont.), 24916, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Callahan v. White* (Ont.), 25140, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Campbell v. Campbell* (Man.), 25103, leave to appeal refused with costs, 20.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Auto Auction Group v. Beutel Goodman Real Estate Group Inc.* (Ont.), 24989, leave to appeal refused with costs, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Century 21 Direct Courtier Inc. c. Mailhot* (Qué.), 25028, leave to appeal refused with costs, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clair v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24951, leave to appeal refused, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Coburn v. Cavadini* (B.C.), 25025, leave to appeal refused with costs, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire Jérôme Le Royer c. Syndicat des enseignantes et des enseignants de Le Royer* (Qué.), 24620, notice of discontinuance filed, 9.5.96, avis de désistement produit.
- Compagnie de volailles Maxi Ltée c. Empire Cold Storage Co.* (Qué.), 25045, leave to appeal refused, 16.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.), 25090, leave to appeal granted, 6.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Consumers Distributing Co. c. Société générale (Canada)* (Qué.), 25089, leave to appeal refused with costs, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cyr c. Morin* (Qué.), 25055, leave to appeal refused, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Davidovits v. Bank of Credit and Commerce Canada* (Ont.), 24957, leave to appeal refused with costs, 16.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Day v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 25032, leave to appeal refused with costs, 20.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubeau c. Banque de Montréal* (Qué.), 25131, leave to appeal refused with costs, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubeau c. Corporation municipale de St-Michel-des-Saints* (Qué.), 25076, leave to appeal refused, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Eldridge v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 24896, leave to appeal granted, 9.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Elkins v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25133, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Emms v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25168, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Entreprises Sioui & Frères Inc. c. Municipalité de St-Gabriel-De-Valcartier* (Qué.), 25015, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Épiciers unis Métro-Richelieu Inc. c. Lesage* (Qué.), 25106, notice of discontinuance filed, 17.6.96, avis de désistement produit.
- Fallon v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25164, leave to appeal refused, 29.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Fazl v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 24973, leave to appeal refused, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Fertek Inc. c. Seatrade Transport International Inc.* (Qué.), 25249, notice of discontinuance filed, 27.6.96, avis de désistement produit.
- First Royal Enterprises Ltd. v. Cheong* (B.C.), 25082, leave to appeal refused, 25.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Foster v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25058, leave to appeal refused, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Friesen v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25047, leave to appeal refused, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Gadzella v. Wong* (Sask.), 25269, leave to appeal refused, 18.7.96, autorisation de pourvoi refusée.

- Gadzella v. Wong* (Sask.), 25270, leave to appeal refused, 18.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Ganpatt v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25227, leave to appeal refused, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Gaudreault c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25303, leave to appeal refused, 29.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Gaudreault c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25304, leave to appeal refused, 29.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Germain c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24964, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Gervasoni v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 25250, leave to appeal refused, 15.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Gladue v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25122, leave to appeal refused, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Gould v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 25033, leave to appeal refused with costs, 20.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Government of Saskatchewan v. Pasiachnyk* (Sask.), 24913, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Government of the Yukon v. Taga Ku Development Corporation* (Yuk.), 24938, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Granger c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 25196, leave to appeal refused, 26.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Groupe Bourg Royal Inc. c. Blouin* (Qué.), 25146, leave to appeal refused with costs, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Groupe Bourg Royal Inc. c. Fiducie Desjardins* (Qué.), 25145, leave to appeal refused with costs, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haberman v. Peixeiro* (Ont.), 24981, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Halwachs c. Deputy Minister of Revenue of Québec* (Qué.), 25123, leave to appeal refused with costs, 25.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hahn v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25217, leave to appeal refused, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hamelin c. Leblanc* (Qué.), 25026, leave to appeal refused, 9.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hansen v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25130, leave to appeal refused, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hercules Canada Inc. v. Mobil Oil Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 25012, leave to appeal refused with costs, 16.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hicknan Motors Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Nfld.), 24994, leave to appeal granted, 3.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Holdsworth v. Dickson* (Ont.), 25066, leave to appeal refused with costs, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Homefounders Development Joint Venture (86395 Ont. Inc.) v. Piggott* (Ont.), 25121, notice of discontinuance filed, 3.6.96, avis de désistement produit.
- Horrey v. Litterst* (Alta.), 25127, notice of discontinuance filed, 4.6.96, avis de désistement produit.
- Hudon c. Frishling* (Qué.), 25110, leave to appeal refused with costs, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Husky Oil Operations Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.* (Nfld.), 24855, leave to appeal and leave to cross-appeal are granted, 2.5.96, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident sont accordées.
- Izony v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25042, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Jacobs v. Jacobs* (Ont.), 25263, leave to appeal refused with costs, 25.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Jaslowski v. The Queen in right of the Province of Manitoba* (Crim.)(Man.), 24968, leave to appeal refused, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Jim v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25083, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Kalef v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25290, leave to appeal refused with costs, 29.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Korkontzilas v. Soulos* (Ont.), 24949, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Koskie v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25043, leave to appeal refused, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Kostuch v. Attorney General of Alberta* (Crim.)(Alta.), 25013, leave to appeal refused, 9.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Kourakis c. Hôpital Royal Victoria* (Qué.), 25258, leave to appeal refused, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Kratz v. Parkside Hill Ltd.* (Ont.), 25024, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laperrière c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 24889, leave to appeal granted, 11.6.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Libman c. Attorney General of Quebec* (Qué.), 24960, leave to appeal granted, 9.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Lisenko c. Comité de déontologie policière du Québec* (Qué.), 25072, leave to appeal refused, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Loiselle c. Placements M.R. Delisle Inc.* (Qué.), 25210, leave to appeal refused with costs, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Love v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25062, leave to appeal refused, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- MacMillan Bloedel Ltd. v. Galiano Island Trust Committee* (B.C.), 24941, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Malhotra (Charles C. M.) v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 24969, leave to appeal refused with costs, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Malhotra (Prem) v. Minister of Transport* (F.C.A.)(Ont.), 24975, leave to appeal refused with costs, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Melnichuk v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25071, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Moldowan v. Saskatchewan Government Employees Union* (Sask.), 24954, leave to appeal refused, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Mount Allison University v. Mount Allison Faculty Association* (N.B.), 25061, leave to appeal refused with costs, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Netupsky v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 25223, leave to appeal refused with costs, 15.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority* (F.C.A.)(N.S.), 24629, notice of discontinuance filed, 24.5.96, avis de désistement produit.
- Nourhaghghi v. Toronto Hospital* (Ont.), 25171, leave to appeal refused with costs, 25.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- NsC Diesel Power Inc. (Bankrupt) v. Superintendent of Bankruptcy* (F.C.A.)(Ont.), 25041, leave to appeal refused, 15.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Oczko v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25126, leave to appeal refused, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Oliver v. Oliver* (B.C.), 25268, leave to appeal refused with costs, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paraiso v. Pauluik* (Man.), 25112, leave to appeal refused with costs, 25.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Parents adoptifs c. S.R.* (Qué.), 25273, leave to appeal and leave to cross-appeal are dismissed, 27.6.96, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi-incident sont refusées.
- Patenaude c. Ville de Greenfield Park* (Qué.), 25098, leave to appeal refused with costs, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peer v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25129, leave to appeal refused, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Pentz v. Treich* (Alta.), 25175, leave to appeal refused with costs, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peters v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 25084, leave to appeal refused, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Philips Electronics N. V. v. Remington Rand Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 25148, leave to appeal refused with costs, 18.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pniak v. London Psychiatric Hospital* (Ont.), 25094, leave to appeal refused, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Price Waterhouse Ltd. v. Standard Trust Co.* (Ont.), 25050, notice of discontinuance filed, 18.7.96, avis de désistement produit.
- Public Utilities Commission of the City of Scarborough v. Utility Workers of Canada* (Ont.), 25104, leave to appeal refused with costs, 25.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Andrews* (Crim.)(Alta.), 25187, leave to appeal refused, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Currie* (Crim.)(Ont.), 25053, leave to appeal granted, 9.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Kingsley* (Crim.)(Qué.), 25155, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Levo* (Crim.)(Ont.), 25185, leave to appeal refused, 29.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Stogdale* (Crim.)(Ont.), 25124, leave to appeal refused, 30.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Stolz* (Crim.)(B.C.), 25207, leave to appeal refused, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Tortone* (Crim.)(Ont.), 25167, leave to appeal refused, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Tyhurst* (Crim.)(B.C.), 25248, leave to appeal refused, 15.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Weldon* (Crim.)(Ont.), 25087, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Wolfe* (Sask.), 24993, leave to appeal refused, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of Alberta v. Bank of Canada* (Alta.), 25203, leave to appeal refused with costs, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. in right of Canada v. Barrientos* (Crim.)(Alta.), 25085, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R.D.S. v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25063, leave to appeal granted, 6.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 469 v. Westfair Foods Ltd.* (Man.), 25016, leave to appeal refused with costs, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Robert S. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25281, leave to appeal refused, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Roberts v. Roberts* (Ont.), 25097, leave to appeal refused with costs, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosen v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24965, leave to appeal refused with costs, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rottiers v. Ministre de la Justice de la Saskatchewan* (Crim.)(Sask.), 25020, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Bank of Canada v. Bank of Canada* (Alta.), 25216, leave to appeal refused with costs, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Russell v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25222, leave to appeal refused, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Ryback v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25206, leave to appeal refused, 25.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Sarcevich v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25252, leave to appeal refused, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Schenley Canada Inc. c. Procureur général du Québec* (Crim.)(Qué.), 25070, leave to appeal refused, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Schultz v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25068, leave to appeal refused with costs, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shorting v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25030, leave to appeal granted, 9.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Skoke v. Ryan* (N.S.), 25247, leave to appeal refused, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Sleiman v. Sleiman* (Alta.), 25201, leave to appeal refused with costs, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith v. Arndt* (B.C.), 24943, leave to appeal granted, 6.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Société F.G.G. Ltée c. Centre local des services communautaires des draveurs Inc.* (Qué.), 25069, leave to appeal refused with costs, 16.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Spinelli v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24917, leave to appeal refused, 16.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (Ont.), 25060, leave to appeal refused with costs, 4.7.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Mary's Indian Band v. Corporation of the City of Cranbrook* (B.C.), 24946, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Sturhahn v. Gatensbury Estates Ltd.* (B.C.), 24933, leave to appeal refused with costs, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Swereda v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25156, leave to appeal refused, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Sykes v. Langton* (B.C.), 25077, leave to appeal refused with costs, 2.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Transport Cordeau Inc.* (Qué.), 25105, leave to appeal refused with costs, 13.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des employés de la société Asbestos Ltée c. Rousseau* (Qué.), 25120, leave to appeal refused with costs, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.), 25093, leave to appeal granted, 6.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Systèmes de drainage modernes Inc. c. 118353 Canada Ltée* (C.A.F.)(Qué.), 24962, leave to appeal refused with costs, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Systèmes de drainage modernes Inc. c. Forest* (C.A.F.)(Qué.), 24963, leave to appeal refused with costs, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tejani v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25147, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Tennis-Racquetball St-Jean-sur-Richelieu Inc. c. Ville de St-Jean-sur-Richelieu* (Qué.), 25046, leave to appeal refused with costs, 16.5.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thompson v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25142, leave to appeal granted, 9.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Tortone v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25170, leave to appeal refused, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée.
- United States of America c. Barrientos* (Crim.)(Alta.), 25085, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- United States of America v. Dynar* (Crim.)(Ont.), 24997, leave to appeal granted, 9.5.96, autorisation de pourvoi accordée.

- Vanderheyden v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25169, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- WMI Waste Management of Canada Inc. v. City of Edmonton* (Alta.), 25246, leave to appeal refused with costs, 15.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wagner v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 25084, leave to appeal refused, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Wallace v. United Grain Growers Ltd.* (Man.), 24986, leave to appeal granted, 9.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Ward v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25176, leave to appeal refused, 27.6.96, autorisation de pourvoi refusée.
- West Moberly First Nations v. National Energy Board* (F.C.A.)(B.C.), 25038, leave to appeal refused with costs, 6.6.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilder v. The Queen* (Crim.)(Man.), 24904, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Wilder v. The Queen* (Crim.)(Man.), 24905, leave to appeal refused, 23.5.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Woods v. Hubley* (N.S.), 25079, leave to appeal refused with costs, 8.8.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Workers' Compensation Board v. Pasiechnyk* (Sask.), 24913, leave to appeal granted, 30.5.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Zazzo c. Groupe R.C.D. Inc.* (Qué.), 25245, leave to appeal refused with costs, 29.8.96, 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		G	
Audet, R. v.	171	Gladstone, R. v.	723
		Goertz, Gordon v.	27
		Goldhart, R. v.	463
B		Gordon v. Goertz.....	27
Badger, D'Amato v.	1071	Greenpeace Canada v. MacMillan Bloedel Ltd.	1048
Bardales, R. v.	461		
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.	345	H	
Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.	495	Harvey v. New Brunswick (Attorney General)...	876
		Hébert, R. v.	272
C		I	
Canadian Pacific Ltd., Brotherhood of Main- tenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v.	495	International Longshoremen's and Warehouse- men's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.	432
Clément, R. v.	289	J	
Commission see also "Canada" or the name of province		Jones, R. v.	821
D		L	
D'Amato v. Badger	1071	Labonté, R. v.	167
Droit de la famille — 1763	108	Laperrière, R. v.	284
Droit de la famille — 1947	842	Liakas, R. v.	286
F		M	
Fédération des employées et employés de services publics inc., Béliveau St-Jacques v.	345	MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	1048
		Mara Properties Ltd., R. v.	161
		McCarthy, R. v.	460

	PAGE		PAGE
McKarris, R. v.....	287	R. v. Liakas	286
Michaud, R. v.....	458	R. v. Mara Properties Ltd.....	161
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. McCarthy.....	460
		R. v. McKarris.....	287
		R. v. Michaud.....	458
		R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	672
N		R. v. Pamajewon	821
N.T.C. Smokehouse Ltd., R. v.	672	R. v. R. (D.)	291
New Brunswick (Attorney General), Harvey v.	876	R. v. Rarru.....	165
Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre).....	3	R. v. Royer	169
Newfoundland (Green Bay Health Care Centre), Newfoundland Association of Public Employees v.....	3	R. v. Sarson	223
		R. v. Seymour.....	252
		R. v. Terry	207
		R. v. Van der Peet.....	507
		R. v. Wright.....	163
		R. (D.), R. v.	291
		R. (M.), P. (S.) v.	842
		Rarru, R. v.	165
		Royer, R. v.	169
Office see also "Canada" or the name of province		S	
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education	929	S. (D.), W. (V.) v.....	108
		Sarson, R. v.	223
		Semelhago v. Paramadevan	415
		Seymour, R. v.....	252
		Simpson, MacMillan Bloedel Ltd. v.	1048
		T	
		Terry, R. v.	207
		The Queen see also "R."	
		U	
Queen see also "R."		Union see also under abbreviated name	
		V	
		Van der Peet, R. v.	507
		W	
		W. (V.) v. S. (D.).....	108
		Wright, R. v.	163

PAGE

Y

York Region Board of Education, Ontario Home Builders' Association v.....	929
--	-----

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		G	
Audet, R. c.	171	Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée.....	495
B		H	
Badger, D'Amato c.	1071	Gladstone, R. c.	723
Bardales, R. c.	461	Goertz, Gordon c.	27
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.....	345	Goldhart, R. c.	463
		Gordon c. Goertz.....	27
		Greenpeace Canada c. MacMillan Bloedel Ltd.	1048
C		J	
Canadien Pacifique Ltée, Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c.....	495	Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur gé- néral).....	876
Clément, R. c.	289	Hébert, R. c.	272
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province			
Conseil scolaire de la région de York, Ontario Home Builders' Association c.....	929	Jones, R. c.	821
D		L	
D'Amato c. Badger	1071	Labonté, R. c.	167
Droit de la famille — 1763	108	Laperrière, R. c.....	284
Droit de la famille — 1947	842	La Reine voir aussi «R.»	
		Liakas, R. c.....	286
F		M	
Fédération des employées et employés de services publics inc., Béliveau St-Jacques c.....	345	MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson	1048
		Mara Properties Ltd., R. c.	161
		McCarthy, R. c.	460

	PAGE		PAGE
McKarris, R. c.	287	R. c. McCarthy	460
Michaud, R. c.	458	R. c. McKarris	287
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Michaud	458
		R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.	672
		R. c. Pamajewon.....	821
N		R. c. R. (D.).....	291
N.T.C. Smokehouse Ltd., R. c.	672	R. c. Rarru	165
Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre).....	3	R. c. Royer	169
Nouveau Brunswick (Procureur général), Harvey c.	876	R. c. Sarson	223
		R. c. Seymour.....	252
O		R. c. Terry.....	207
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Van der Peet	507
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	929	R. c. Wright.....	163
		R. (D.), R. c.....	291
		R. (M.), P. (S.) c.	842
P		Rarru, R. c.	165
P. (S.) c. R. (M.)	842	Royer, R. c.	169
Pamajewon, R. c.....	821		
Paramadevan, Semelhago c.....	415	S	
Prince Rupert Grain Ltd., Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c.	432	S. (D.), W. (V.) c.....	108
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		Sarson, R. c.	223
		Semelhago c. Paramadevan.....	415
R		Seymour, R. c.....	252
Reine voir aussi «R.»		Simpson, MacMillan Bloedel Ltd. c.	1048
R. c. Audet	171	Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.	432
R. c. Bardales	461	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R. c. Clément.....	289		
R. c. Gladstone.....	723	T	
R. c. Goldhart.....	463	Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), Newfoundland Association of Public Employees c.	3
R. c. Hébert	272	Terry, R. c.....	207
R. c. Jones	821		
R. c. Labonté.....	167	V	
R. c. Laperrière.....	284	Van der Peet, R. c.	507
R. c. Liakas.....	286		
R. c. Mara Properties Ltd.	161	W	
		W. (V.) c. S. (D.).....	108
		Wright, R. c.	163

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Adderley v. Dixon.....	(1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239	428
Adie v. Adie	(1991), 89 Sask. R. 183.....	72
Affaire du "Lotus".....	(1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10.....	215
Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board	[1991] 2 S.C.R. 201.....	11
Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)	[1993] 4 S.C.R. 371.....	959, 1006
Alleyn v. Barthe	[1922] 1 A.C. 215.....	1043
Amherst (Town) v. Canadian Broadcasting Corp.....	(1994), 133 N.S.R. (2d) 277	505
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 229.....	1089
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	15
Anglade et Communauté urbaine de Montréal.....	D.T.E. 88T-730	359
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728	1078
Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass, In re.....	[1972] F.C. 1078.....	25
Appleby v. Appleby	(1989), 21 R.F.L. (3d) 307.....	51
Archambault v. Doucet	[1993] R.J.Q. 2389	372
Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.	[1979] 1 S.C.R. 633.....	429
Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau.....	[1990] R.J.Q. 130	364, 405
Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes.....	[1979] 1 R.C.S. 120.....	1063
Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon	[1943] A.C. 550.....	968, 1043
Attorney-General v. Hitchcock.....	(1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38	312
Attorney General v. Newspaper Publishing plc	[1987] 3 All E.R. 276.....	1064
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.....	[1991] 2 W.L.R. 994	1061
Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.....	[1950] A.C. 87	1030
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario.....	[1937] A.C. 355	1003
Attorney-General for Quebec v. Reed	(1884), 10 App. Cas. 141.....	1007
Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.....	[1950] A.C. 87	976
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia	[1930] A.C. 111	1018

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Attorney-General for Quebec v. Queen Insurance Co.	(1878), 3 A.C. 1090.....	1041
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada	[1914] A.C. 153	770
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada	[1924] A.C. 222	1018
Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.	[1980] 2 S.C.R. 466.....	1045
Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1).....	[1979] 2 S.C.R. 1016.....	588
Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 S.C.R. 575.....	954

B

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315.....	897
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214.....	374
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	374
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	203
Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien	[1980] 1 C.F. 518	580, 711
Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Develop- ment	[1980] 1 F.C. 518	580, 711
Bande indienne des Heiltsuk c. Canada.....	(1993), 59 F.T.R. 308.....	786
Bank of Toronto v. Lambe	(1887), 12 App. Cas. 575.....	973, 1019
Bartle & Gibson Co. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580	[1971] 2 W.W.R. 449	1063
Baynes v. Baynes	(1987), 8 R.F.L. (3d) 139.....	43
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	565, 613, 706
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 S.C.R. 749.....	366, 402
Bennett v. Drouillard.....	(1988), 15 R.F.L. (3d) 353.....	50
Benoît v. Reid	(1995), 171 N.B.R. (2d) 161.....	66
Blagoeva et Commission de contrôle de l'énergie atomique.....	[1992] C.A.L.P. 898	59
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342.....	967
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	967
Boyce v. Paddington Borough Council.....	[1903] 1 Ch. 109	1059
Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario.....	[1897] A.C. 231	973
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3.....	480
Brothwell v. Brothwell.....	(1995), 135 Sask. R. 178.....	66
Burkart v. Dairy Producers Co-operative Ltd.....	(1990), 74 D.L.R. (4th) 694.....	504

C

C. (G.) v. V.-F. (T.).....	[1987] 2 S.C.R. 244.....	76, 148
Cabott v. Binns.....	(1987), 9 R.F.L. (3d) 390.....	80
Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1960] S.C.R. 619	973
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313.....	537, 575, 643, 711, 748, 783

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313..... 537, 575, 643, 711, 748, 783	
Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"	(1976), 11 A.L.R. 227	1080
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941.....	454
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net	[1992] 3 C.F. 155	505
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net.....	[1992] 3 F.C. 155 F.C. 804.....	505
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941.....	455
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157.....	446
Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission	[1979] 2 S.C.R. 618.....	145
Canadian Disability Rights Council v. Canada	[1988] 3 F.C. 62	895
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1978] 2 R.C.S. 545.....	969, 1031
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1978] 2 S.C.R. 545.....	969, 1031
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	15, 372
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ...	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	1075
Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission	[1985] 3 W.W.R. 717.....	15
Canadian Pacific Ltd. v. Paul.....	[1988] 2 S.C.R. 654.....	797
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan	[1952] 2 S.C.R. 231.....	973, 1032
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	445
Canadien Pacifique Ltée c. Paul.....	[1988] 2 R.C.S. 654.....	797
Carter v. Brooks	(1990), 30 R.F.L. (3d) 53.....	48, 74
Case of Tanistry (The)	(1608), Davis 28, 80 E.R. 516.....	642
Case of the SS. "Lotus" (The)	(1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10	215
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)	[1994] 2 S.C.R. 165.....	92
Cattle v. Stockton Waterworks Co.	(1875), L.R. 10 Q.B. 453	1077
Centre d'accueil du Haut St-Laurent et Fédération des affaires sociales	[1985] T.A. 432	388
Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd. ...	[1993] 2 W.L.R. 262	504
Chaput v. Romain	[1955] S.C.R. 834.....	362, 404
Chaulk v. Fairview Construction Ltd.	(1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 13	429
Cherokee Nation v. Georgia	30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831)	575
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	1075
City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks	[1928] A.C. 117	953, 1030
City of Montreal v. Attorney-General for Canada	[1923] A.C. 136	976
City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79, Re	(1982), 35 O.R. (2d) 545.....	25
Clarke et Université Concordia	D.T.E. 87T-765	383
Colley v. Colley	(1991), 31 R.F.L. (3d) 281	48

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	276
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139	593
Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke.....	[1982] 1 R.C.S. 202.....	12, 21
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	15, 371, 402
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139.....	593
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	15, 372
Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada	[1988] 3 C.F. 622	895
Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.....	[1973] 1 W.W.R. 681	1017
Cornell University v. Livingston.....	332 N.Y.S.2d 843 (1972)	1066
Cotton v. The King	[1914] A.C. 176	1042
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5.....	386
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	386

D

Dayton Women's Health Center v. Enix.....	589 N.E.2d 121 (1991).....	1066
Delgamuukw v. British Columbia	[1993] 5 W.W.R. 97	703, 830
Delgamuukw v. British Columbia	(1993), 104 D.L.R. (4th) 470	590
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103.....	16
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103.....	16
Director of Public Prosecutions v. Beard.....	[1920] A.C. 479	259
Docherty v. Beckett.....	(1989), 21 R.F.L. (3d) 92.....	43, 89
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	386
Droit de la famille — 7	[1984] C.A. 350	152
Droit de la famille — 120	[1984] C.A. 101	151
Droit de la famille — 190	[1985] C.A. 201	152
Droit de la famille — 323	[1988] R.J.Q. 1542	146
Droit de la famille — 501	[1989] R.D.F. 316.....	80
Droit de la famille — 866	[1990] R.J.Q. 1833	863
Droit de la famille — 1826	[1993] R.J.Q. 1728	74, 152
Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board v. Mississauga (City)	[1994] O.M.B.D. No. 1093	983
Dussault v. Ladouceur.....	(1987), 14 R.F.L. (3d) 185.....	148

E

E. (Mrs.) v. Eve.....	[1986] 2 S.C.R. 388.....	146
Eastman Photographic Materials Co. v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade-Marks	[1988] A.C. 571	183
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	593
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	593
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124	588, 1045
Équipements Lefco Inc. v. Roche Ltée.....	[1993] R.D.J. 234	127
Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education, Re	(1988), 22 O.M.B.R. 177	985

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	900
Etobicoke Board of Education v. Highbury Developments Ltd.	[1958] S.C.R. 196.....	986
Exported Natural Gas Tax, Re.....	[1982] 1 S.C.R. 1004.....	1019

F

Field v. Field	(1978), 6 R.F.L. (2d) 278.....	50, 72
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	593
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	593
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	68
Francis v. Francis.....	(1972), 8 R.F.L. 209.....	45
Frank v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 95.....	606
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	62, 1008
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Trans- port)	[1992] 1 S.C.R. 3.....	62, 1008
Frito-Lay Canada Ltd. v. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647	(1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061	25

G

G. (L.) v. B. (G.).....	[1995] 3 S.C.R. 370.....	69
Gagnon et Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances.....	[1989] C.A.L.P. 769	359
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057	[1990] 1 R.C.S. 1298.....	385
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alli- ance of Canada, Local 50057.....	[1990] 1 S.C.R. 1298.....	385
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet.....	[1977] 2 S.C.R. 537.....	385
Girard v. Produits de viande Cacher Glatt Ltée.....	[1986] T.A. 304	383
Gordon v. Goertz.....	[1996] 1 S.C.R. 27.....	115
Gould v. Yukon Order of Pioneers.....	[1996] 1 S.C.R. 571.....	372
Gouriet v. Union of Post Office Workers.....	[1978] A.C. 435	1058
Grain Workers Union, Local 333 v. British Columbia Terminal Ele- vator Operators' Association.....	(1989), 101 N.R. 105.....	441
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 377.....	992
Grant v. Brotzel.....	(1993), 115 Sask. R. 96.....	104
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 377.....	992
Griffin Steel Foundries Ltd. v. Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers.....	(1977), 80 D.L.R. (3d) 634	1065
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335.....	540, 577, 634

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
H		
Halkett v. Ascofigex Inc.....	[1986] R.J.Q. 2697	379
Hamel v. Cie Trust Royal.....	[1990] R.J.Q. 2178	127
Harper v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 2.....	337
Heiltsuk Indian Band v. Canada.....	(1993), 59 F.T.R. 308.....	786
Hodgkinson v. Simms.....	[1994] 3 S.C.R. 377.....	565, 613, 706
Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia, Re.....	(1985), 24 D.L.R. (4th) 718.....	895
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	493, 535, 588
Hurtig v. Reiss.....	[1937] 3 W.W.R. 549.....	1059
Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 675.....	958
Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General).....	[1993] 3 S.C.R. 675.....	958
I		
Insurance Act of Canada, In re The.....	[1932] A.C. 41	1018
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink.....	[1982] 2 S.C.R. 145.....	13, 371
International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association	[1979] 1 S.C.R. 120.....	1063
Iron Ore Co. of Canada v. United Steelworkers of America, Local 5795	(1984), 5 D.L.R. (4th) 24	504
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	593, 767
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	593, 767
Island Medical Laboratories Ltd. and H.S.A. of British Columbia	(1993), 19 C.L.R.B.R. (2d) 161	439
Iveson v. Harris	(1802), 7 Ves. 251, 32 E.R. 102	1061
J		
Jack v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 294... 586, 650, 762, 798, 811	
Jackson v. Bubela and Doe	[1972] 5 W.W.R. 80	1068
Joannette et Pièces d'auto Richard Ltée	[1993] C.T. 398	383
Johnson v. Agnew	[1980] A.C. 367	424
Johnson v. M ^r Intosh.....	21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).....	541, 575
K		
Kaiser Resources Ltd. v. Western Canada Beverage Corp.....	(1992), 71 B.C.L.R. (2d) 236.....	505
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2.....	1078
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2.....	1078
Kelliher (Village of) v. Smith.....	[1931] S.C.R. 672.....	324
Kelso v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 199.....	500
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729.....	682
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87.....	92, 154
Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. v. Roy.....	[1952] 2 S.C.R. 465.....	429
Korpesho v. Korpesho	(1982), 31 R.F.L. (2d) 449.....	45
Koury v. The Queen	[1964] S.C.R. 212.....	332

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Kruger v. Kruger	(1979), 25 O.R. (2d) 673.....	70
Kruger v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104.....	538, 584

L

Lacroix v. Valois	[1990] 2 S.C.R. 1259.....	846
Lamb v. Benoit.....	[1959] S.C.R. 321.....	62
Lambert et Dominion Textile Inc.	[1993] C.A.L.P. 1056	359
Lamont v. Air Canada.....	(1981), 126 D.L.R. (3d) 266.....	504
Landry v. Lavers	(1985), 45 R.F.L. (2d) 235.....	50, 72
Langevin et Québec (Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche).....	[1993] C.A.L.P. 453	359
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 S.C.R. 351.....	613, 706
Lapointe v. Lapointe	[1995] 10 W.W.R. 609.....	52, 70
Latour v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 361.....	327
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	565, 613, 706
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City).....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	565, 613, 706
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211	903
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	903
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	1045
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction	[1931] S.C.R. 357	1003
Leeds Industrial Co-operative Society, Ltd. v. Slack.....	[1924] A.C. 851	423
Lemieux v. Polyclinique St-Cyrille Inc.	[1989] R.J.Q. 44	364, 408
Lensen v. Lensen.....	[1987] 2 S.C.R. 672.....	613, 706
Léon v. La Reine	[1992] R.L. 478	178
Levesque v. Lapointe.....	(1993), 21 B.C.A.C. 285	74
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178.....	216
Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee v. Crystal Dairy, Ltd.	[1933] A.C. 168.....	1010

M

M. (M.E.) v. L. (P.)	[1992] 1 S.C.R. 183.....	846
Mabo v. Queensland [No. 2]	(1992), 175 C.L.R. 1	544, 577, 634
MacAskill v. The King	[1931] S.C.R. 330	259
MacCallum v. MacCallum.....	(1976), 30 R.F.L. 32.....	44
MacDonald v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 665.....	336
MacGyver v. Richards	(1995), 11 R.F.L. (4th) 432.....	47, 95
MacLean v. Nova Scotia (Attorney General).....	(1987), 76 N.S.R. (2d) 296	895
Madsen v. Women's Health Center, Inc.	114 S.Ct. 2516 (1994)	1066
Marengo v. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.	[1948] 1 All E.R. 406.....	1061
Marriage of Burgess (In re).....	51 Cal.Rptr.2d 444 (1996)	84
Marriage of Fragomeli (In the).....	(1993), 113 F.L.R. 229.....	78
Marriage of Holmes (In the).....	(1988), 92 F.L.R. 290.....	78
Marriage of I (In the).....	(1995), 19 Fam. L.R. 147.....	78

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Marriage of R and R (In the).....	(1985), 60 A.L.R. 727.....	78
Mavretic v. Bowman.....	[1993] 4 W.W.R. 329.....	425
McGowan v. McGowan.....	(1979), 11 R.F.L. (2d) 281.....	48
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	767
McLeod v. Egan.....	[1975] 1 S.C.R. 517.....	11
McNabb v. Smith.....	(1981), 124 D.L.R. (3d) 547.....	430
Messier v. Delage.....	[1983] 2 S.C.R. 401.....	45
Messier v. Palomba.....	[1992] R.D.J. 548.....	127
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	386
Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.	[1982] 1 S.C.R. 144.....	973
Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée.....	[1982] 1 R.C.S. 144.....	973
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	581
Mitchell v. Peguis Indian Band.....	[1990] 2 S.C.R. 85.....	581
Mongeau v. Fournier.....	(1924), 37 Que. K.B. 52.....	309
Montana v. Développements du Saguenay Ltée.....	[1977] 1 S.C.R. 32.....	128
Montres Rolex S.A. v. Balshin.....	[1990] 3 F.C. 353.....	1066
Moore v. British Columbia.....	(1988), 50 D.L.R. (4th) 29.....	505
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations condi- tionnelles).....	[1996] 1 R.C.S. 75.....	386
Mooring v. Canada (National Parole Board).....	[1996] 1 S.C.R. 75.....	386
Moosehunter v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 282.....	588
Morgentaler v. Wiche.....	[1989] O.J. No. 2582 (QL).....	1065
Muldoon v. Canada.....	[1988] 3 F.C. 628.....	895
Mulligan v. The Queen.....	[1977] 1 S.C.R. 612.....	263
Murphy v. Brentwood District Council.....	[1991] 1 A.C. 398.....	1077

N

N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada.....	[1987] 1 S.C.R. 1247.....	565
Nash v. Nash.....	[1973] 2 All E.R. 704.....	78
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	455
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	455
Nepean Carleton Developments Ltd. v. Hope.....	[1978] 1 S.C.R. 427.....	429
New Brunswick v. O'Leary.....	[1995] 2 S.C.R. 967.....	386, 500
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative).....	[1993] 1 R.C.S. 319.....	883, 892, 913
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly).....	[1993] 1 S.C.R. 319.....	883, 892, 913
New York State National Organization for Women v. Terry.....	961 F.2d 390 (1992).....	1066
Norberg v. Wynrib.....	[1992] 2 S.C.R. 226.....	181
Nouveau-Brunswick c. O'Leary.....	[1995] 2 R.C.S. 967.....	386, 500
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	536, 588

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
O		
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.....	[1995] 2 S.C.R. 1031.....	595
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée.....	[1995] 2 R.C.S. 1031.....	595
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation.....	[1991] 2 S.C.R. 570.....	613, 706
Ontario (Attorney General) v. Dieleman	(1994), 20 O.R. (3d) 229.....	1065
Ontario Boys' Wear Ltd. v. The Advisory Committee.....	[1944] S.C.R. 349.....	1013
Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke.....	[1982] 1 S.C.R. 202.....	12, 21
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons- Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	15, 371, 402
Ontario Hydro v. Johnson.....	(1985), 1 C.P.C. (2d) 234.....	1065
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation	[1991] 2 R.C.S. 570.....	613, 706
Oyekan v. Adele.....	[1957] 2 All E.R. 785.....	642
P		
P. (D.) v. S. (C.).....	[1993] 4 S.C.R. 141.....	76, 148
P. (L.M.) v. P. (G.E.).....	[1970] 3 All E.R. 659.....	77
P. et X. (Ville de).....	[1990] C.A.L.P. 677	359
P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada	[1976] 2 R.C.S. 739.....	25
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759.....	307, 338
Papadatos v. Sutherland.....	[1987] R.J.Q. 1020	363, 408
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801.....	68
Procureur général de la Colombie-Britannique c. Cie Trust Canada	[1980] 2 R.C.S. 466.....	1045
Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)	[1979] 2 R.C.S. 1016.....	588
Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 R.C.S. 575.....	954
R		
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299.....	200
R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24.....	324
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	277
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	321
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771.....	580, 800
R. v. Barrett.....	[1995] 1 S.C.R. 752.....	336
R. v. Bartle.....	[1994] 3 S.C.R. 173.....	486
R. v. Baxter	(1975), 27 C.C.C. (2d) 96.....	281
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	527, 588, 893
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206.....	480
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656.....	311, 331, 613, 706
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452.....	767
R. v. C. (R.).....	[1993] 2 S.C.R. 226.....	336
R. v. Canute.....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 403	256
R. v. Cargill.....	[1913] 2 K.B. 271.....	327
R. v. Cassibo	(1982), 70 C.C.C. (2d) 498.....	327
R. v. Cassidy	[1989] 2 S.C.R. 345.....	192

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Church of Scientology of Toronto (No. 2).....	(1992), 74 C.C.C. (3d) 341.....	472
R. v. Churchill.....	(1972), 29 D.L.R. (3d) 368.....	1033
R. v. City of Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	200
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	477, 493
R. v. Consolidated Fastfrate Transport Inc.	(1995), 125 D.L.R. (4th) 1.....	505
R. v. Denny.....	(1990), 55 C.C.C. (3d) 322.....	586
R. v. Derriksan.....	(1976), 71 D.L.R. (3d) 159.....	538
R. v. Deutsch.....	[1986] 2 S.C.R. 2.....	741
R. v. Downey.....	[1992] 2 S.C.R. 10.....	199
R. v. Dunk.....	(1991), 117 A.R. 161.....	181
R. v. Dussiaume.....	(1995), 98 C.C.C. (3d) 217.....	189
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	906
R. v. Filonov.....	(1993), 82 C.C.C. (3d) 516.....	217
R. v. Finta.....	[1994] 1 S.C.R. 701.....	215
R. v. Forde.....	[1992] O.J. No. 1698 (QL).....	197
R. v. Fraser.....	[1994] 3 C.N.L.R. 139.....	608
R. v. G. (T.F.).....	(1992), 11 C.R. (4th) 221.....	181
R. v. G.B.	(1988), 65 Sask. R. 134.....	325
R. v. Gamble.....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 415.....	242
R. v. Gamble.....	[1988] 2 S.C.R. 595.....	232
R. v. George.....	[1966] S.C.R. 267.....	537, 582
R. v. Giannotti.....	(1956), 115 C.C.C. 203.....	263
R. v. Giovannetti.....	[1991] O.J. No. 47 (QL).....	332
R. v. Gladstone.....	[1996] 2 S.C.R. 723.....	526, 572, 630, 691, 715, 836
R. v. Grant.....	[1993] 3 S.C.R. 223.....	481
R. v. Hann (No. 2).....	(1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 33.....	181
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	216
R. v. Hebert.....	[1990] 2 S.C.R. 151.....	219
R. v. Horseman.....	[1990] 1 S.C.R. 901.....	536, 580, 699, 754, 800, 805
R. v. Hrechuk.....	(1950), 10 C.R. 132.....	327
R. v. Hynes.....	(1994), 134 N.S.R. (2d) 134.....	332
R. v. Jobidon.....	[1991] 2 S.C.R. 714.....	186
R. v. Jones.....	(1993), 14 O.R. (3d) 421.....	607, 699, 805
R. v. Kandola.....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 481.....	282
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	588, 901
R. v. Khan.....	[1990] 2 S.C.R. 531.....	309, 321
R. v. King.....	[1993] O.J. No. 1794.....	608
R. v. Kokesch.....	[1990] 3 S.C.R. 3.....	471
R. v. L.A.M.	(1993), 86 Man. R. (2d) 179.....	180
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419.....	339
R. v. Lavallee.....	[1990] 1 S.C.R. 852.....	324
R. v. Lemky.....	[1996] 1 S.C.R. 757.....	254
R. v. Lewis.....	[1996] 1 S.C.R. 921.....	580
R. v. MacKenzie.....	[1993] 1 S.C.R. 212.....	191

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. MacKinlay	(1986), 28 C.C.C. (3d) 306	258
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223	311, 324
R. v. McIntyre	(1992), 40 M.V.R. (2d) 178	332
R. v. McLaughlin	(1974), 2 O.R. (2d) 514	332
R. v. McMaster	[1996] 1 S.C.R. 740	254, 336
R. v. McShannock	(1980), 55 C.C.C. (2d) 53	332
R. v. Miller	(1988), 65 O.R. (2d) 746	899
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	324
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	1022
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	191
R. v. Morin	[1992] 3 S.C.R. 286	332
R. v. Mulder	(1978), 40 C.C.C. (2d) 1	280
R. v. Mulvaney	(1988), 27 O.A.C. 318	332
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	(1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158	764
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 672	526, 572, 630, 743, 782, 801, 836
R. v. Naglik	[1993] 3 S.C.R. 122	268, 281
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013	572, 691, 743
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	595
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	534, 767, 894
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	313
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	251
R. v. P.S.	[1993] O.J. No. 704 (QL)	180
R. v. Palmer	[1990] O.J. No. 51 (QL)	181
R. v. Pétel	[1994] 1 S.C.R. 3	268, 280
R. v. Peterson	(1996), 89 O.A.C. 60	332
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	481
R. v. Rafael	(1972), 7 C.C.C. (2d) 325	327
R. v. Robinson	[1996] 1 S.C.R. 683	254
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909	277
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451	219, 480
R. v. S. (W.D.)	[1994] 3 S.C.R. 521	268
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	313
R. v. Shafie	(1989), 47 C.C.C. (3d) 27	217
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	336
R. v. Silveira	[1995] 2 S.C.R. 297	493
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	536, 576
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	900
R. v. Smith	[1990] 1 S.C.R. 991	336
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	309, 321
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	526, 577, 625, 683, 696, 719, 736, 803, 831
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980	476, 486
R. v. Sutherland	[1980] 2 S.C.R. 451	537, 588
R. v. Taylor	(1981), 62 C.C.C. (2d) 227	584
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	478, 486

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Thomas	[1990] 1 S.C.R. 713.....	233
R. v. Thomas	(1993), 24 C.R. (4th) 249.....	332
R. v. Tortone.....	[1993] 2 S.C.R. 973.....	336
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	199, 227
R. v. Van der Peet.....	(1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75.....	764
R. v. Van der Peet.....	[1996] 2 S.C.R. 507.....	685, 691, 715, 743, 782, 801, 832, 836
R. v. W. (D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	281
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	328
R. v. Ward	(1978), 4 C.R. (3d) 190.....	280
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3.....	199
R. v. Wigman	[1987] 1 S.C.R. 246.....	233
R. v. Wiley	[1993] 3 S.C.R. 263.....	481
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168.....	315
R. v. Yuen.....	(1996) 70 B.C.A.C. 122	332
Racine v. Woods	[1983] 2 S.C.R. 173.....	68
Rattenbury v. Land Settlement Board.....	[1929] S.C.R. 52.....	976, 1032
Reference re Agricultural Products Marketing Act.....	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	1011
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	203
Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	952
Reference re Education Act (Que.).....	[1993] 2 S.C.R. 511.....	993
Reference re Farm Products Marketing Act.....	[1957] S.C.R. 198.....	1014
Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158.....	893
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313.....	447
Reference re Quebec Sales Tax.....	[1994] 2 S.C.R. 715.....	1037
Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941.....	[1943] S.C.R. 295.....	977
Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.).....	[1989] 1 S.C.R. 922.....	412
Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.).....	[1991] 2 R.C.S. 158.....	893
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	203
Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.).....	[1989] 1 R.C.S. 922.....	412
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle.....	[1981] 1 R.C.S. 714.....	588
Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.).....	[1993] 2 R.C.S. 511.....	993
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles.....	[1978] 2 R.C.S. 1198.....	1011
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.).....	[1987] 1 R.C.S. 313.....	447
Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec.....	[1994] 2 R.C.S. 715.....	1037
Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté.....	[1982] 1 R.C.S. 1004.....	1019
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	952
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	588
Retail Store Employees' Union, Local 832 v. Canada Safeway Ltd.....	(1980), 2 Man. R. (2d) 100.....	505
Richardson v. Richardson	[1987] 1 S.C.R. 857.....	69
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189.....	1079
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199.....	593, 904
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	593, 904

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Roberge v. Bolduc.....	[1991] 1 S.C.R. 374.....	381
Roberto v. Bumb.....	[1943] O.R. 299.....	429
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1987] 2 R.C.S. 84.....	371, 406
Robichaud v. Canada (Treasury Board).....	[1987] 2 S.C.R. 84.....	371, 406
Robinson v. Adams.....	(1924), 56 O.L.R. 217.....	1058
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.....	[1990] 2 S.C.R. 440.....	404
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 519.....	899
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General).....	[1993] 3 S.C.R. 519.....	899
Roe v. Operation Rescue.....	919 F.2d 857 (1990).....	1066
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825.....	196, 898
Ross v. Caunters.....	[1979] 3 All E.R. 580.....	1080
Ross v. New Brunswick School District No. 15.....	[1996] 1 S.C.R. 825.....	196, 898
Roy v. Patenaude.....	[1994] R.J.Q. 2503.....	363
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369.....	448
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board).....	[1996] 1 S.C.R. 369.....	448
Royal Trust Co. v. Tucker.....	[1982] 1 S.C.R. 250.....	364
Rural Municipality of Bratts Lake v. Hudson's Bay Co.	[1918] 2 W.W.R. 962.....	977

S

Sandwich West (Township) v. Bubu Estates Ltd.	(1986), 30 D.L.R. (4th) 477.....	1065
Sauvé c. Canada (Procureur général).....	[1993] 2 R.C.S. 438.....	894
Sauvé v. Canada (Attorney General).....	[1993] 2 S.C.R. 438.....	894
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	888
Schokbéton Québec Inc. et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 15398.....	[1984] T.A. 176.....	387
Schooner Exchange v. M'Faddon The).....	11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).....	215
Schwartz v. Canada.....	[1996] 1 S.C.R. 254.....	565, 613, 706
Scott and Ottawa, Re.....	(1856), 13 U.C.Q.B. 346.....	994
Scowby v. Glendinning.....	[1986] 2 S.C.R. 226.....	371
Seaward v. Paterson.....	[1897] 1 Ch. 545.....	1062
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria.....	[1981] 2 S.C.R. 181.....	407
Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board.....	[1938] A.C. 780.....	956, 1011
Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 181.....	385
Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 181.....	385
Sikyea v. The Queen.....	[1964] S.C.R. 642.....	582
Simon v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 387.....	536, 580, 711
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	215, 371
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	215, 371
Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera S.A.	[1979] A.C. 210.....	504
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	901
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	83, 480
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157.....	446
Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec.....	[1979] 2 R.C.S. 618.....	145
Southern Rhodesia, In re.....	[1919] A.C. 211.....	642
Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board.....	[1932] 4 D.L.R. 750.....	977

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Sproule, In re.....	(1886), 12 S.C.R. 140.....	235
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219.....	[1986] 1 R.C.S. 704.....	385, 499
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219.....	[1986] 1 S.C.R. 704.....	385, 499
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1888), 14 A.C. 46.....	578
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	564, 613, 706
Stein v. The Ship "Kathy K".....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	564, 613, 706
Stewart v. Stewart.....	(1990), 30 R.F.L. (3d) 67.....	80
Stockdale v. Hansard.....	(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112.....	922
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483.....	767
Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220, Re.....	(1985), 21 L.A.C. (3d) 85.....	17, 23
Supply of Ready Mixed Concrete, In re.....	[1991] 3 W.L.R. 707.....	1061
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285.....	967
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	445
Syndicat des camionneurs c. Massicotte.....	[1982] 1 R.C.S. 710.....	446
Syndicat des employées et employés de la Commission des droits de la personne du Québec et Commission des droits de la per- sonne du Québec.....	D.T.E. 94T-1166.....	388
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail.....	[1984] 2 R.C.S. 412.....	11
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board.....	[1984] 2 S.C.R. 412.....	11
Syndicat national des employés de l'Institut Doréa (C.S.N.) v. Con- seil des services essentiels.....	[1987] R.J.Q. 925.....	372
T		
T. (K.A.) v. T. (J.).....	(1989), 23 R.F.L. (3d) 214.....	51
Talbot v. Henry.....	(1990), 25 R.F.L. (3d) 415.....	66
Teamsters Union v. Massicotte.....	[1982] 1 S.C.R. 710.....	446
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	386
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission).....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	386
Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia.....	[1960] S.C.R. 713.....	1034
Thibault v. Corporation professionnelle des médecins du Québec.....	[1992] R.J.Q. 2029.....	372
Thomson v. Thomson.....	[1994] 3 S.C.R. 551.....	76, 128
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	493
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	493
Tijani v. Secretary, Southern Nigeria.....	[1921] 2 A.C. 399.....	644

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Tolofson v. Jensen.....	[1994] 3 S.C.R. 1022.....	216
Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent, In re.....	[1972] C.F. 1078.....	25

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	448
Ultramares Corp. v. Touche.....	174 N.E. 441 (1931).....	1078
United States v. Ceccolini	435 U.S. 268 (1978).....	484, 493
United States v. Dion.....	476 U.S. 734 (1986).....	652
United States v. Hall.....	472 F.2d 261 (1972).....	1066
United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.....	314 U.S. 339 (1941).....	711, 809
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	900
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353.....	372
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353.....	372

V

Vincent & Co. v. Gallo.....	[1944] Que. K.B. 202.....	400
-----------------------------	---------------------------	-----

W

W. (V.) v. S. (D.).....	[1996] 2 S.C.R. 108.....	75
Wainwright v. Wainwright.....	(1987), 10 R.F.L. (3d) 387.....	45
Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association.....	443 U.S. 658 (1979).....	531
Watson v. Watson.....	(1991), 35 R.F.L. (3d) 169.....	43
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929.....	385, 500, 1057
Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute.....	[1966] 1 Q.B. 569.....	1077
Wells v. Wells.....	(1984), 38 R.F.L. (2d) 405.....	48, 72
Wesson v. Wesson	(1973), 10 R.F.L. 193.....	43
West Island Teachers' Association v. Nantel.....	[1988] R.J.Q. 1569	363
Wickham v. Wickham	(1983), 35 R.F.L. (2d) 448.....	45
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670.....	6540, 65
Wilson v. Grassick	(1994), 2 R.F.L. (4th) 291.....	43
Winnipeg Condominium Corp. No. 36 v. Bird Construction Co....	[1995] 1 S.C.R. 85.....	1078
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton.....	[1985] 2 S.C.R. 150.....	13
Worcester v. Georgia.....	31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)	543, 575
Wright v. Wright	(1973), 40 D.L.R. (3d) 321	45, 72
Wroth v. Tyler	[1974] 1 Ch. 30	424

Y

Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	49, 68
---------------------	------------------------	--------

NAME OF CASE INITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
NUMBERS/NUMÉROS		
306793 Ontario Ltd. in Trust v. Rimes	(1979), 25 O.R. (2d) 79.....	420

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		s. 24(2).....	207, 463
Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001		Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12	
s. 438.....	345	s. 10.1.....	345
s. 442.....	345	s. 49.....	345
Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, R.S.Q., c. A-23.01, preamble		s. 51.....	345
s. 1 to 4.....	108	s. 52.....	345
s. 20.....	108	Civil Code of Lower Canada	
B		art. 30.....	108
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248		art. 1053.....	345
s. 27(5).....	507, 672	art. 1056a.....	345
C		Civil Code of Québec, (1980)	
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2		art. 462.14.....	842
s. 22.....	432	Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25	
s. 24.....	432	art. 46.....	108
s. 27.....	432	art. 70.....	108
s. 28.....	432	Constitution Act, 1982	
s. 33.....	432	s. 35(1).....	507, 672, 723, 821
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 52.....	672, 723
s. 1.....	876	s. 52(1).....	223
s. 2(a).....	929	Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble	
s. 3.....	876	art. 1.....	108
s. 7.....	171, 207, 223	art. 3.....	108
s. 8.....	463	art. 5.....	108
s. 11(d).....	171, 207	Criminal Code, R.S.C., 1970, c. C-34	
s. 12.....	876	s. 213(d).....	223
s. 15(1).....	929	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
		s. 153.....	171
		s. 201(1).....	821
		s. 206(1)(d).....	821
		s. 207.....	821
		s. 686(1)(b)(iii).....	272

	PAGE		PAGE
D		H	
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)		Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62	
s. 16(10).....	27	s. 10(1).....	3
s. 17.....	27		
s. 17(5).....	27	I	
s. 17(9).....	27	Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5	
		s. 81.....	821
E		L	
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2		Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224	
s. 122(1).....	929	s. 36.....	495, 1048
Education Development Charges, R.R.O. 1990, Reg. 268			
s. 1 to 5.....	929		
Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3			
s. 119(c).....	876		
F			
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14			
s. 61(1).....	507, 672, 723		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 207.....	821
art. 1.....	876	art. 686(1)b)(iii).....	272
art. 2a).....	929	Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25	
art. 3.....	876	art. 46.....	108
art. 7.....	171, 207, 223	art. 70.....	108
art. 8.....	463	Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, préambule	
art. 11d).....	171, 207	art. 1.....	108
art. 12.....	876	art. 3.....	108
art. 15(1).....	929	art. 5.....	108
art. 24(2).....	207, 463		
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12		E	
art. 10.1.....	345	Education Development Charges, R.R.O. 1990, règl. 268	
art. 49.....	345	art. 1 à 5.....	929
art. 51.....	345	H	
art. 52.....	345	Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, ch. 62	
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2		art. 10(1).....	3
art. 22.....	432	L	
art. 24.....	432	Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224	
art. 27.....	432	art. 36.....	495, 1048
art. 28.....	432	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 33.....	432	art. 35(1).....	507, 672, 723, 821
Code civil du Bas Canada		art. 52.....	672, 723
art. 30.....	108	art. 52(1).....	223
art. 1053.....	345	Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3	
art. 1056a.....	345	art. 119c).....	876
Code civil du Québec, (1980)		Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2	
art. 462.14.....	842	art. 122(1).....	929
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34			
art. 213d).....	223		
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46			
art. 153.....	171		
art. 201(1).....	821		
art. 206(1)d).....	821		

	PAGE		PAGE
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2 ^e suppl.)		Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5	
art. 16(10)	27	art. 81	821
art. 17	27	Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14	
art. 17(5)	27	art. 61(1)	507, 672, 723
art. 17(9)	27		
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001		R	
art. 438	345	Règlement de pêche général de la Colombie- Britannique, DORS/84-248	
art. 442	345	art. 27(5)	507, 672
Loi sur les aspects civils de l'enlèvement interna- tional et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, préambule			
art. 1 à 4	108		
art. 20	108		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 1995, release No. 4)	449
<i>American Jurisprudence</i> , vol. 26, 2d ed. Rochester: Lawyers Cooperative, 1996	914
Anton, A. E. "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 <i>Int'l & Comp. L.Q.</i> 537	129
Asch, Michael. <i>Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution</i> . Toronto: Methuen, 1984	576
Asch, Michael and Patrick Macklem. "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on <i>R. v. Sparrow</i> " (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 498.....	534, 577
Association Henri Capitant. <i>Vocabulaire juridique</i> . Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: Presses universitaires de France, 1994, "droit", "action", "responsabilité", "responsabilité civile"	368
Bailey, Martha J. "Custody, Access and Religion: A Comment on <i>Young v. Young</i> and <i>D.P. v. C.S.</i> " (1994), 11 <i>C.F.L.Q.</i> 317.....	54
Bala, Nicholas, and Susan Miklas. <i>Rethinking Decisions About Children: Is the "Best Interests of the Child" Approach Really in the Best Interests of Children?</i> Toronto: Policy Research Centre on Children Youth and Families, 1993	99
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.....	362, 406
Beaudoin, Gérald-A. "De la suprématie de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial", dans Gérald-A. Beaudoin, dir., <i>Vues canadiennes et européennes des droits et libertés</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, p. 23.....	372
Binnie, W. I. C. "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 <i>Queen's L.J.</i> 217	579
Black, Vaughan, and Christopher Jones. Case Comment on <i>Thomson v. Thomson</i> (1994), 12 <i>C.F.L.Q.</i> 321	130
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "prima facie"	810
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769	600
Bourinot, John George, Sir. <i>Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada</i> , 2nd ed. Montreal: Dawson Bros., 1892.....	920
Bowker, Andrea. " <i>Sparrow's</i> Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 <i>Toronto Fac. L. Rev.</i> 1.....	593
Boyd, Susan B. "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?" In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., <i>Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation</i> . Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990, 69	87

Bruch, Carol S., and Janet M. Bowermaster. "The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present" (1996), 30 <i>Fam. L.Q.</i> 245	79
Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 94.....	185
Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. <i>Infractions sexuelles à l'égard des enfants</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984	178, 202
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. <i>Sexual Offences Against Children</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984	178, 202
Canada. Department of Justice. Bureau of Review. <i>Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation</i> . Ottawa: Department of Justice, 1990	86
Canada. Department of Justice. Communications and Consultation Branch. <i>Custody and Access: Public Discussion Paper</i> . Ottawa: Department of Justice, 1993	87
Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. <i>Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1990	86
Canada. Ministère de la Justice. Direction des communications et de la consultation. <i>Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1993	87
Caparros, Ernest. <i>Les régimes matrimoniaux au Québec</i> , 3 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985	854
Caron, Madeleine. "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?" (1978), 56 <i>Can. Bar Rev.</i> 197	404
Caron, Madeleine. "Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés" (1985), 45 <i>R. du B.</i> 345.....	361
Castel, J.-G. <i>Droit international privé québécois</i> . Toronto: Butterworths, 1980.....	144
Castelli, Mireille D. <i>Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce</i> . Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993.....	155
Chamberland, Luc. "Qui de l'arbitre de griefs ou des tribunaux civils est compétent en matière de réclamations monétaires?" (1992), 52 <i>R. du B.</i> 167.....	389
Chitty, Joseph. <i>A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown</i> . London: Butterworths, 1820.....	600
Cliche, Bernard, Serge Lafontaine et Richard Mailhot. <i>Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993	402
Cohen, Mandy S. "A Toss of the Dice . . . The Gamble with Post-Divorce Relocation Laws" (1989), 18 <i>Hofstra L. Rev.</i> 127.....	79
Coleman, Phyllis. "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 <i>Alb. L. Rev.</i> 95	196
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, "commerce"	686
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "distinct", "distinctive", "tradition", "commodity"	546, 591, 1035
Cornu, Gérard. <i>Droit civil: la famille</i> , 3 ^e éd. Paris: Montchrestien, 1993.....	79
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990	367
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991	367
Dallaire, Claude. <i>Les dommages exemplaires sous le régime des Chartes</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1995	364
<i>Dawson's The Government of Canada</i> , 6th ed. Toronto: University of Toronto Press, 1987.....	915

Delwaide, Karl. "Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise", dans <i>Application des Chartes des droits et libertés en matière civile</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, p. 95.....	361
<i>Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues</i> , 2 ^e éd. Comité de rédaction: Paul-André Crépeau et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, «action» «responsabilité civile»	368, 403
Domat, Jean. <i>Oeuvres complètes de J. Domat</i> , t. 1. Nouvelle édition revue et corrigée par Joseph Remy. Paris: Firmin Didot, 1828.....	362
Drapeau, Maurice. "La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne" (1994), 28 <i>R.J.T.</i> 31	361, 404
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. Butterworths: Toronto, 1994	654
Dubé, Lucille. "L'immunité civile des employeurs en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles", dans <i>Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (1993)</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993, p. 81.....	366
Ducharme, Léo. <i>Précis de la preuve</i> , 4 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.....	127
Duff, Wilson. <i>The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)</i> . Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952	618
Eades, John. "A custodial parent's rights to take a child out of Australia: limited or unlimited?" (1995), 33 <i>Law Soc. J.</i> 46.....	78
Eekelaar, John M. "International Child Abduction by Parents" (1982), 32 <i>U.T.L.J.</i> 281.....	129
Elliott, David. <i>Law and Aboriginal Peoples of Canada</i> , 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.....	546
Émond, André. "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 <i>R.D. McGill</i> 59.....	576
Émond, André. "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 <i>R.J.T.</i> 1	577
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings & Practice in Canada</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1996, release 28).....	327
Farquhar, Keith B. "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 <i>Can. J. Fam. L.</i> 5.....	134
Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 <i>Can. Bus. L.J.</i> 356	1082
Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 1, 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.....	374
Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. <i>Divided Families: What Happens to Children When Parents Part</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991	93
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail</i> , 2 ^e éd. Ste-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991	387
Gardner, Daniel. "Les dommages-intérêts: une réforme inachevée" (1988), 29 <i>C. de D.</i> 883	363
Grammond, Sébastien. "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt <i>Sparrow</i> " (1991), 36 <i>R.D. McGill</i> 1382.....	597
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd., t. 1. Paris: Le Robert, 1986, "autorité", "confiance"	194
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. t. 6. Paris: Le Robert, 1986, "en outre"	378
Groffier-Atala, Ethel. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 <i>R.G.D.</i> 223.....	147

Groffier-Atala, Ethel. <i>Précis de droit international privé québécois</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990	128
Hague Conference on Private International Law. <i>Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction</i> . The Hague, 1993.....	130
<i>Halsbury's Laws of Australia</i> , vol. 1 ["Hunting, Gathering and Fishing Rights", paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).....	544
<i>Halsbury's Laws of Australia</i> , vol. 13. Sydney: Butterworths, 1993.....	78
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 5(2), 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).....	77
Heard, Andrew. "The Expulsion and Disqualification of Legislators: Parliamentary Privilege and the Charter of Rights" (1995), 18 <i>Dalhousie L.J.</i> 380	915
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1995, release 1)	241, 577, 895, 971, 1036
Holdsworth, Sir William Searle. <i>A History of English Law</i> , vol. 11. London: Methuen, 1938.....	600
Hovius, Berend. "The Changing Role of the Access Parent" (1994), 10 <i>C.F.L.Q.</i> 123.....	95
How, W. Glen, "Young v. Young and D.P. v. C.S.: Custody and Access — The Supreme Court Compounds Confusion" (1994), 11 <i>C.F.L.Q.</i> 109.....	99
Jobin, Pierre-Gabriel. "La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?" (1984), 44 <i>R. du B.</i> 222	361
<i>Jowitt's Dictionary of English Law</i> , vol. 2, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1977	994
King, Valarie. "Nonresident Father Involvement and Child Well-Being: Can Dads Make a Difference?" (1994), 15 <i>J. Fam. Issues</i> 78.....	93
Kouri, Robert P. "L'arrêt <i>Eve</i> et le droit québécois" (1987), 18 <i>R.G.D.</i> 643.....	145
Kramer, Donald T. <i>Legal Rights of Children</i> , vol. 1, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill, 1994.....	79
Krause, Harry D. <i>Family Law in a Nutshell</i> , 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995.....	78
Krell, Robert. "The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Toronto: Butterworths, 1983, 175	88
L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 <i>R. du B.</i> 835	147
Labour Law Casebook Group. <i>Labour Law</i> , 5th ed. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1991	449
Lafontaine, Alain. "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 <i>C. de D.</i> 669.....	589
La Forest, Gérard V. <i>The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution</i> , 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.....	952, 1004
Laskin, Bora. "Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power" (1959), <i>U. of T. L.J.</i> 1	1011
Lesage, Robert. "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 <i>R. du N.</i> 46.....	147
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.....	1078
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988.....	1078
Lippel, Katherine. <i>Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique</i> . Montréal: Faculté de droit, Université de Montréal, 1986.....	366, 398
Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 95	627
Lysyk, Kenneth. "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 <i>Can. Bar Rev.</i> 450.....	582

Maccoby, Eleanor E., and Robert H. Mnookin. <i>Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.....	93
Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 <i>McGill L.J.</i> 382.....	577
Macklem, Patrick. "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 <i>Queen's L.J.</i> 173.....	546, 576
Magnet, Joseph Eliot. "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 <i>Ottawa L. Rev.</i> 473.....	1036
Maidment, Susan. <i>Child Custody and Divorce</i> . Sydney: Croom Helm, 1984.....	86
Maingot, Joseph. <i>Le privilège parlementaire au Canada</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1987.....	915
Maingot, Joseph. <i>Parliamentary Privilege in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1982.....	915
Manson, Allan. "Vaillancourt: A Criminal Reports Forum — Implications for Persons Convicted of Murder" (1987), 60 C.R. (3d) 339.....	248
Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. <i>Les personnes</i> , 3 ^e éd. Paris: Sirey, 1976.....	79
May, Thomas Erskine, Sir. <i>Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament</i> , 5th ed. London: Butterworths, 1863.....	914
Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 <i>Can. Bar Rev.</i> 193 75, 147	
McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 <i>Man. L.J.</i> 549.....	339
McGregor on Damages, 13th ed. By Harvey McGregor. London: Sweet & Maxwell, 1972.....	425
McLeod, James G. Annotation to <i>MacGyver v. Richards</i> (1995), 11 R.F.L. (4th) 433.....	52, 95
McLeod, James G. Annotation to <i>Williams v. Williams</i> (1992), 38 R.F.L. (3d) 100.....	48
McLeod, James G. Annotation to <i>Young v. Young</i> (1994), 49 R.F.L. (3d) 129.....	80
McLeod, James G. Case Comment on <i>Thomson v. Thomson</i> (1994), 6 R.F.L. (4th) 406.....	134
McLeod, James G. <i>Child Custody Law and Practice</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	44
McNeil, Kent. <i>Common Law Aboriginal Title</i> . Oxford: Clarendon Press, 1989.....	577
McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 <i>Sup. Ct. L. Rev.</i> 255.....	584
Mewett, Alan W. <i>Witnesses</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 1995, release 1).....	327
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.....	76, 149
Mill, John Stuart. <i>Principles of Political Economy with some of Their Applications to Social Philosophy</i> , vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.....	969, 1004
Monet, Dominique. "Qui a la compétence sur le harcèlement au travail?", dans <i>Développements récents en droit du travail</i> (1995). Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995, p. 1.....	382
Montgomery, John D. "Long-Distance Visitation/Access in Family Law Cases: Some Creative Approaches" (1991), 5 <i>Am. J. Fam. L.</i> 1.....	93
Morin, Jacques-Yvan. "La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne" (1987), 21 <i>R.J.T.</i> 25.....	372
Morin, Michel. "La compétence parens patriae et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire" (1990), 50 <i>R. du B.</i> 827.....	146
Nadeau, André, en collaboration avec Richard Nadeau. <i>Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.....	362
<i>New Encyclopaedia Britannica</i> , vol. 6, 15th ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.....	699

<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1994, "éligible"	897
O'Connell, D. P. <i>International Law</i> , vol. 2, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1970	216
Otis, Ghislain. "Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise" (1991), 51 <i>R. du B.</i> 561	361, 404
Ouellette, Monique. <i>Droit de la famille</i> , 3 ^e éd. Montréal: Thémis, 1995	75, 149
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, "authority", "confidence", "trust"	193
Paciocco, David M. "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 <i>Queen's L.J.</i> 345	323
Payne, Julien D. <i>Payne on Divorce</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993	68, 151
Payne, Julien D., and Eileen Overend, "The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction" (1984), 15 <i>R.G.D.</i> 645	95
Payne, Julien D., and Kenneth L. Kallish. "A Behavioural Science and Legal Analysis of Access to the Child in the Post-Separation/Divorce Family" (1981), 13 <i>Ottawa L. Rev.</i> 215	86
Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. <i>Introduction to Canadian Family Law</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994	87
Pelletier, Marcel R. "Privilege in the Canadian Parliament" (1973), 54 <i>Parliamentarian</i> 143	924
Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the <i>Constitution Act, 1982</i> , Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 207	546, 584
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	361, 404
<i>Petit Robert I</i> . Paris: Le Robert, 1990, "ancestral"	539
<i>Phillips on Evidence</i> , 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990	327
Pineau, Jean. <i>La famille — Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1983	150
Pothier, Robert Joseph. <i>Œuvres de Pothier</i> , t. 2, 2 ^e éd. Annotées par M. Bugnet. Paris: Plon, 1861	362
<i>Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons</i> , 2nd ed. Editorial Committee: Paul-André Crépeau et al. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, "action", "civil liability"	368, 403
Rémillard, Gil. "Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec", dans Daniel Turp et Gérald-A. Beaudoin, dir., <i>Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1986, p. 205	372
Richards, Martin. "Divorcing children: roles for parents and the state". In John Eekelaar and Mavis Maclean, eds., <i>Family Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 1994, 249	87
Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 <i>Can. Bar Rev.</i> 314	579
Schuz, Rhona. "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law" (1995), 44 <i>Int'l & Comp. L.Q.</i> 771	136
Scott, F. R. "The Bill of Rights and Quebec Law" (1959), 37 <i>Can. Bar Rev.</i> 135	404
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated December 1995, Release 3)	1059
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, "integral"	638
Silberman, Linda. "Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis" (1994), 28 <i>Fam. L.Q.</i> 9	131
Simler, Philippe. "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 685	79

Sivin, Edward. "Residence Restrictions on Custodial Parents: Implications for the Right to Travel" (1980-81), 12 <i>Rutgers L.J.</i> 341	79
Slattery, Brian. "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 681	576
Slattery, Brian. <i>Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title</i> . Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983	600
Slattery, Brian. "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 <i>Can. Bar Rev.</i> 261....	582
Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 <i>Queen's L.J.</i> 232	577
Slattery, Brian. <i>The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories</i> . Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979	576
Slattery, Brian. "The Legal Basis of Aboriginal Title". In <i>Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen</i> . Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.....	547
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 727.....	534, 578, 645
Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. <i>The Conduct of an Appeal</i> . Toronto: Butterworths, 1993	127, 336
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992	327
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 8, par André Nadeau. Montréal: Wilson & Lafleur, 1949	366
Viney, Geneviève, et Basil Markesinis. <i>La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français</i> . Paris: Économica, 1985.....	363
Wallerstein, Judith S. "Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-Up of Early Latency-Age Children" (1987), 57 <i>Am. J. Orthopsychiatry</i> 199	99
Walters, Mark. "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on <i>Delgamuukw v. British Columbia</i> " (1992), 17 <i>Queen's L.J.</i> 350.....	547, 600, 629
Weisman, Norris. "On Access After Parental Separation" (1992), 36 <i>R.F.L. (3d)</i> 35	86
Williams, Sharon A. and J.-G. Castel, <i>Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects</i> . Toronto: Butterworths, 1981	217
Wilson, Jeffery. <i>Wilson on Children and the Law</i> . Markham, Ont.: Butterworths, 1994 (loose-leaf)	99

**Ontario Home Builders' Association,
Humber Green Estates Ltd. and Butternut
Grove Homes Inc. Appellants**

v.

**The York Region Board of Education, the
York Region Roman Catholic Separate
School Board and the Attorney General for
Ontario Respondents**

and

**The Attorney General of Quebec, the
Attorney General of British Columbia, the
Ontario Public School Boards' Association,
the Ontario Separate School Trustees'
Association, Carlota Guzman, Tony
Ciccone, Charlotte Pope and Doris
Seto Intervenors**

INDEXED AS: ONTARIO HOME BUILDERS' ASSOCIATION v.
YORK REGION BOARD OF EDUCATION

File No.: 24085.

1995: October 10, 11; 1996: August 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Division of powers — Charter of Rights — Indirect taxation — Regulatory scheme affecting land development in order to finance new capital costs for schools necessitated by new development — Monies placed in common account and available to public and separate school boards — Whether charges an indirect tax — Whether charges prejudicially affecting a right or privilege with respect to denominational schools — Whether impugned provisions infringing s. 2(a) Charter right to freedom of religion and s. 15(1) Charter right of equality — If so, whether saved under s. 1 — Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("Scott Act"), ss. 14, 20 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1) — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(2), (9),

**Ontario Home Builders' Association,
Humber Green Estates Ltd. et Butternut
Grove Homes Inc. Appelantes**

c.

**Le conseil scolaire de la région de York, le
conseil d'écoles catholiques séparées de la
région de York et le procureur général de
l'Ontario Intimés**

et

**Le procureur général du Québec, le
procureur général de la Colombie-
Britannique, l'Association des conseils
scolaires publics de l'Ontario, l'Ontario
Separate School Trustees' Association,
Carlota Guzman, Tony Ciccone, Charlotte
Pope et Doris Seto Intervenants**

RÉPERTORIÉ: ONTARIO HOME BUILDERS' ASSOCIATION c.
CONSEIL SCOLAIRE DE LA RÉGION DE YORK

N° du greffe: 24085.

1995: 10, 11 octobre; 1996: 22 août.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Charte des droits — Taxation indirecte — Régime de réglementation concernant des exploitations foncières en vue de financer de nouveaux coûts en immobilisations afférents à des écoles requises par de nouvelles exploitations — Fonds mis dans un compte commun à la disposition des conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées — Les redevances constituent-elles une taxe indirecte? — Les redevances portent-elles atteinte à un droit ou à un privilège relativement aux écoles confessionnelles? — Les dispositions contestées violent-elles le droit à la liberté de religion garanti par l'art. 2a) de la Charte et le droit à l'égalité garanti par l'art. 15(1)? — Si oui, sont-elles sauvegardées par l'article premier? — Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concer-

(13), (16), 93(1) — *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9, ss. 30(1), (3), 35 — *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 122(1) — *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Reg. 268, ss. 1, 2, 3, 4, 5.

Trial — Standing — Application brought by association composed of builders — Builders affected by legislation — Whether appellants had standing.

By-laws passed by respondent school boards pursuant to the *Development Charges Act* required persons seeking building permits to pay an Educational Development Charge (“EDC”) as a condition of obtaining the permit. The purpose of the EDC scheme was to permit school boards to raise the local share for the capital costs of new school construction on land undergoing residential and non-residential development when that development created the need for new schools. The legislation ensured that new land development bore the cost of infrastructure on its own, rather than imposing an additional burden on existing developments. Significantly, capital costs associated with existing schools, or the building of schools for existing pupils currently accommodated in portables or sent by bus to distant schools could not be defrayed through revenues raised by EDCs. The legislation made no distinction between public and separate school boards, or between public and separate school supporters.

The appellants initiated an application in Divisional Court for judicial review of by-laws passed by the respondent school boards. The Divisional Court found that the scheme created an indirect tax and was therefore *ultra vires* the province. The Court of Appeal considered the issue of standing and found that appellants indeed had standing. It ultimately found that the legislation, even though it created an indirect tax, did not impinge on the integrity of s. 92(2) (direct taxation within the province) of the *Constitution Act, 1867* and that it was ancillary to a regulatory scheme clearly falling within provincial jurisdiction and justifiable under ss. 92(9) (licensing to raise revenue), (13) (property and civil rights) and (16) (matters of a local nature). At issue here

nant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («Loi Scott») art. 14, 20 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2a), 15(1) — *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(3), 92(2), (9), (13), (16), 93(1) — *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9, art. 30(1), (3), 35 — *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 122(1) — *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Règl. 268, art. 1, 2, 3, 4, 5.

Procès — Qualité pour agir — Demande présentée par une association de constructeurs — Constructeurs visés par la loi — Les appelantes avaient-elles qualité pour agir?

Des règlements adoptés par les conseils scolaires intimés en application de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, subordonnaient la délivrance d'un permis de construire au versement d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation («REE»). Le régime des REE visait à permettre aux conseils scolaires de prélever la part locale pour les coûts en immobilisations relatifs à la construction de nouvelles écoles sur des terrains où s'effectuent des travaux d'exploitation à des fins résidentielles et non résidentielles, lorsque ces travaux créent le besoin de nouvelles écoles. Les mesures législatives faisaient en sorte que les nouvelles exploitations foncières supportent les coûts de leur propre infrastructure, au lieu d'alourdir le fardeau des exploitations existantes. Fait important, les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes, ou encore la construction d'écoles destinées à des élèves fréquentant déjà des installations mobiles ou transportés par autobus dans des écoles éloignées, ne pouvaient être financés par les recettes perçues grâce aux REE. Les mesures législatives ne faisaient aucune distinction entre les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées, non plus qu'entre les contribuables des écoles publiques et ceux des écoles séparées.

Les appelantes ont déposé devant la Cour divisionnaire une demande de contrôle judiciaire de règlements scolaires adoptés par les conseils scolaires intimés. La Cour divisionnaire a jugé que le régime créait une taxe indirecte et excédait donc la compétence de la province. La Cour d'appel a examiné la question de la qualité pour agir et estimé que les appelantes avaient effectivement la qualité voulue. Elle a conclu en fin de compte que la loi, même si elle créait une taxe indirecte, ne portait en rien atteinte à l'intégrité du par. 92(2) (la taxation directe dans les limites de la province) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'elle était accessoire à un régime de réglementation relevant manifestement de la responsabilité provinciale et se justifiant au regard des

was: (1) whether the appellants had standing; (2) whether the provisions of the *Development Charges Act* authorizing public and separate school boards to impose EDCs were *ultra vires* the province because (i) they imposed an indirect tax, or (ii) because they prejudicially affected a right or privilege with respect to denominational schools contrary to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*; and (3) whether the impugned provisions were contrary to ss. 2(a) (freedom of religion) and 15(1) (the equality rights) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether they were saved under s. 1.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Given the serious and complex nature of the issues, it was assumed, without deciding, that the appellants had standing. The interveners had no standing. This Court takes an unfavourable view of attempts to back up an appellant's lack of standing by way of interveners. Such efforts to bootstrap flawed standing are to be discouraged.

When determining the incidence of a tax, both the context within which the tax operates and its purpose should be considered. Land taxes are generally direct taxes imposed on land against the owner and assessed as a percentage of the value of the land, or as a fixed charge per acre. The tax may be an annual, recurring assessment, or a one-time charge. It may be enforced through the sale of the land. The desire or ability to pass on the tax or otherwise avoid taxation does not transform the direct nature of the tax into an indirect one. The jurisprudence does not prevent a tax on land by itself from being treated as an indirect tax.

EDCs are a tax on development using land as an instrument to achieve the desired end and involve features of both direct and indirect taxation. An EDC is characteristic of a land tax in that it is imposed on land undergoing residential and commercial development and failure to pay results in the charge's being placed on the tax roll. They are not, however, true land taxes in the traditional sense. Their purpose is not taxation of land, but rather, the defraying of the costs of infrastructure necessitated by new residential development. The

par. 92(9) (les licences en vue de prélever un revenu), (13) (la propriété et les droits civils) et (16) (les matières d'une nature locale). Les questions en litige étaient les suivantes: (1) les appelantes avaient-elles qualité pour agir; (2) les dispositions de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, autorisant les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées à imposer des REE, excèdent-elles la compétence de la province en ce qu'elles (i) autorisent une taxe indirecte ou (ii) portent atteinte à un droit ou privilège relativement aux écoles confessionnelles en contravention du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (3) les dispositions contestées contreviennent-elles à l'al. 2a) (la liberté de religion) et au par. 15(1) (le droit à l'égalité) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si la réponse est affirmative, sont-elles sauvegardées par l'article premier?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Étant donné la nature sérieuse et complexe des questions, il a été présumé, sans en décider, que les appelantes avaient qualité pour agir. Les intervenants n'avaient pas qualité pour agir. Notre Cour ne voit pas d'un bon œil les tentatives d'un appelant de camoufler son absence de qualité pour agir par voie d'intervention. Les efforts de ce genre pour compenser les lacunes à ce chapitre doivent être découragés.

Pour déterminer l'incidence d'une taxe, il faut prendre en considération le contexte dans lequel elle s'insère ainsi que la fin qu'elle vise. Les taxes foncières sont généralement des taxes directes imposées à l'égard d'un terrain au propriétaire de ce terrain, et calculées en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre. La taxe peut être calculée annuellement ou une seule fois. Elle peut être exigée au moment de la vente du terrain. Le désir ou la capacité de reporter le fardeau de la taxe sur un tiers ou d'éviter l'imposition n'en fait pas pour autant une taxe indirecte. La jurisprudence n'empêche pas qu'une taxe foncière puisse en soi être considérée comme une taxe indirecte.

La REE est une taxe sur l'exploitation, les terrains étant le moyen utilisé pour atteindre la fin désirée, et elle comporte des éléments à la fois de taxation directe et de taxation indirecte. La REE possède les caractéristiques d'une taxe foncière en ce qu'elle est imposée à l'égard d'un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles et, en cas de non-paiement, elle est ajoutée au rôle de perception. Cependant, la REE n'est pas une véritable taxe foncière au sens traditionnel du terme. Le régime

“categories approach” (that the framers of the Constitution regarded taxes as divisible into two categories, direct and indirect, and that certain classifications of taxes were well known to the framers and fell into one or other category) was of no application here. Rather, the incidence of the EDCs must be determined according to Mill’s formulation (that direct taxes are to be paid by the person taxed and the indirect taxes are not specific as to the ultimate incidence of the tax).

EDCs, since they are imposed in the course of manufacture on the commodity (a new building) to be sold and since most charge-payers intend to trade in the commodity, cling as a burden to new buildings when they are brought to market. They therefore constitute indirect taxation and are *ultra vires* provincial competence under s. 92(2).

However, the EDC scheme is ultimately *intra vires* the province as ancillary to a valid regulatory scheme for the provision of educational facilities as a component of land use planning, pursuant to ss. 92(9) (licences to raise revenue), (13) (property and civil rights) and (16) (matters of a local nature) of the *Constitution Act, 1867*. Since the power pursuant to s. 92(9) comprehends indirect taxation, this power is strictly limited to defray the costs of regulation. Significantly, funds can only be withdrawn when a specific project has been approved by the Minister and only in an amount equal to the actual local share of the project. The EDC scheme is appropriately limited in scope and operates only so as to defray the costs of regulation.

The EDCs are part of a comprehensive and integrated regulatory scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province. Funding issues should be addressed through those aspects of the planning framework specifically designed to deal with those issues. While the regulatory scheme, of which EDCs are only a small part, is clearly very complex, the complexity is necessitated by the very scope of the matter regulated — urban planning. The number of provincial actors involved in the various phases of the scheme’s operation does not invalidate its regulatory nature. An artificial and rigid distinction

des REE ne vise pas à imposer les terrains mais bien à financer le coût des infrastructures rendues nécessaires par les nouvelles exploitations à des fins résidentielles. La «méthode des catégories» (selon laquelle les rédacteurs de la Constitution considéraient que les taxes pouvaient être divisées en deux catégories distinctes, soit celles qui sont directes et celles qui sont indirectes, et certaines catégories de taxes étaient bien connues d’eux et entraient dans l’une ou l’autre catégorie) ne s’appliquait pas au présent pourvoi. L’incidence de la REE doit plutôt être déterminée selon la formule de Mill (selon laquelle les taxes directes sont censées être payées par la personne imposée et il n’y a rien d’explicite quant à l’incidence ultime des taxes indirectes).

Comme elle est imposée dans le cours de la fabrication d’un bien (un nouveau bâtiment) destiné à la vente et que la plupart de ceux qui payent la redevance ont l’intention de faire le commerce du bien, la REE s’attache comme un fardeau aux nouveaux bâtiments au moment de leur mise en marché. Par conséquent, elle constitue une taxe indirecte et excède la compétence provinciale aux termes du par. 92(2).

Toutefois, en définitive, le régime des REE relève de la compétence de la province en ce qu’il est accessoire à un régime valide de réglementation de la fourniture d’installations d’enseignement dans le cadre de l’aménagement du territoire, aux termes des par. 92(9) (les licences en vue de prélever un revenu), (13) (la propriété et les droits civils) et (16) (les matières d’une nature locale) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le pouvoir conféré au par. 92(9) englobe la taxation indirecte, l’application de ce pouvoir est strictement limitée au financement d’un régime de réglementation. Fait significatif, les fonds ne peuvent être retirés que lorsqu’un projet précis a été approuvé par le ministre et seulement pour un montant qui ne doit pas dépasser la part locale réelle du projet. Le régime des REE est adéquatement limité dans sa portée et il ne sert qu’à financer les coûts de la réglementation.

Les REE font partie d’un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l’ensemble de l’aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l’exploitation foncière dans la province. Les questions de financement doivent être résolues au moyen des mécanismes expressément prévus à cette fin dans le cadre du processus d’aménagement. Si le régime de réglementation, dont les REE ne sont qu’une petite partie, est manifestement très complexe, cette complexité s’explique du fait même de l’ampleur du domaine réglementé — l’aménagement urbain. Le nombre d’acteurs provinciaux qui interviennent dans les diverses phases du fonctionne-

should not be imposed between the school board and the municipality because such a distinction fails to reflect the true nature of the regulatory framework. The construction of schools is a legitimate and crucial component of modern land use planning. The common theme underlying new development in the province is that it should bear the costs of infrastructure necessitated by it.

The EDC scheme does not prejudicially affect the denominational educational rights embodied in s. 93(1). Even if EDCs could be characterized as "grants", s. 20 of the *Scott Act* has never applied to capital grants. This section does not impose an obligation of proportionality in its strict terms. Proportionality is the means to a constitutional end which is equality of educational opportunity. Strict, formalistic proportionality was abandoned because it led to a serious inequality of educational opportunity. The principle in s. 122 of the *Education Act*, which is legally impressed upon the *Development Charges Act*, honours the obligation for a fair and non-discriminatory distribution and subsumes and supersedes any obligation of proportionality that might have been imposed by s. 20 of the *Scott Act*.

EDCs are a new source of funds, neither a rate nor a grant, that was not contemplated at the time of Confederation. Like other charges used to finance municipal infrastructure, they are a secular source of funds. Those paying EDCs are not identified by school support, and the proceeds are not identified as belonging to one school board or the other. The proceeds are commingled. This secular character is entirely appropriate, as money raised under the by-law of one school board may be used to build schools needed by the coterminous board.

The EDC scheme pursues the constitutionally required objective of providing separate schools with funding that is on par with the funding received by public schools. This form of legislation is required by the provisions of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and accordingly is immune from *Charter* scrutiny.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The EDC scheme relates, in pith and substance, to taxation as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The legislation itself and the

ment du régime n'annule pas la nature réglementaire du régime. Il ne faut pas établir une distinction artificielle et rigide entre le conseil scolaire et la municipalité, car cette distinction ne reflète pas la nature véritable du cadre de réglementation. La construction d'écoles est une composante légitime et cruciale de l'aménagement du territoire de nos jours. Le thème commun qui soutend les nouvelles exploitations dans la province est qu'elles doivent assumer les coûts des infrastructures qu'elles nécessitent.

Le régime des REE ne porte pas atteinte aux droits confessionnels consacrés au par. 93(1). Même si les REE pouvaient être considérées comme des «subventions», l'art. 20 de la *Loi Scott* n'a jamais été appliqué aux subventions pour immobilisations. Cet article n'impose pas une obligation stricte de proportionnalité. La véritable nature du principe de la proportionnalité est d'être un moyen pour atteindre une fin constitutionnelle — l'égalité des chances en matière d'éducation. On s'est écarté de la proportionnalité stricte et formelle parce qu'elle avait conduit à une grave inégalité des chances en matière d'éducation. Le principe de l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*, qui marque légalement de son empreinte la *Loi sur les redevances d'exploitation*, respecte l'obligation d'une répartition équitable et sans discrimination, et englobe et supplante toute obligation de proportionnalité qu'aurait pu imposer l'art. 20 de la *Loi Scott*.

Les REE constituent une nouvelle source de fonds, ni taxe ni subvention, que le législateur n'avait pas envisagée au moment de la Confédération. Comme les autres redevances servant à financer les infrastructures municipales, elles sont une source séculière de fonds. Ceux qui paient les REE ne sont pas identifiés selon le système scolaire auquel ils contribuent, et les recettes n'appartiennent pas à un conseil scolaire en particulier. Les recettes sont confondues. Ce caractère séculier est tout à fait approprié, les sommes recueillies en vertu du règlement d'un conseil scolaire pouvant servir à construire les écoles dont a besoin le conseil coïncident.

Le régime des REE est conforme à l'objectif exigé par la Constitution visant à fournir aux écoles séparées un financement équivalent à celui que reçoivent les écoles publiques. Ce genre de disposition législative est requis par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Le régime des REE se rapporte, de par son caractère véritable, à la taxation au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La loi contestée elle-

situation it was intended to remedy both support this conclusion. The EDC scheme gave to local school boards the means to raise the revenue taken away through cut backs in provincial grants. It revealed no feature other than the raising of a revenue in order to finance the local share of growth-related capital while providing for specific ways in which such revenues will be spent by school boards. The scheme cannot be found to be ancillary to a valid regulatory scheme to the point where it does not relate, in pith and substance, to taxation.

Courts have recognized that provinces can enact legislation providing for the imposition of levies which are indirect in their incidence where such levies cannot be characterized as "Taxation . . . in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes" as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* because they relate, in pith and substance, to another head of power granted exclusively to provincial legislatures by s. 92. When doing so, provinces are legislating under a different head of power than their s. 92(2) taxing power, and thus outside the scope of the limitation to direct taxation imposed by that provision.

The fact that the legislative scheme specifically provides for the use the school boards will make of the money levied and that the amount that can be levied is carefully limited to that purpose is not, in itself, determinative of the characterization of the matter of the legislation. "Costs of regulation" should not be defined in such a way that the legislation providing for a levy will necessarily relate, in pith and substance, to the matter to which its purpose relates as long as a province specifically provides for the use to be made of the funds levied, for the amount to be levied and for limitations carefully restricting its uses to its purpose. The adoption of such a position would be completely at odds with the structure of the Constitution and with the previous jurisprudence of this Court.

An EDC has all the earmarks of a tax — a compulsory levy imposed by-law by a public body for a public purpose. It is, in pith and substance, a tax. It is not aimed at regulating the construction of houses or other buildings. It is not an integral part of the activity in which those engaged are regulated. Rather it is expressly aimed at raising a revenue for another purpose, building schools. Regulatory charges have thus far

même et le problème que le régime était censé solutionner viennent tous deux étayer cette conclusion. Le régime des REE a donné aux conseils scolaires locaux le moyen de percevoir le revenu supprimé par la diminution des subventions provinciales. Il ne comporte aucune caractéristique autre que le prélèvement d'un revenu en vue du financement de la part locale des dépenses en immobilisations liées à la croissance, tout en prévoyant précisément comment les sommes perçues seront dépensées par les conseils scolaires. On ne peut pas conclure que le régime est accessoire à un régime de réglementation valide au point qu'il ne se rapporte pas, de par son caractère véritable, à la taxation.

Les tribunaux ont reconnu le pouvoir des provinces d'adopter des lois prévoyant l'imposition de droits qui sont indirects quant à leur incidence lorsque ces droits ne peuvent pas être qualifiés de «taxation [. . .] en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» comme le prévoit le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'ils ont trait, de par leur caractère véritable, à un autre domaine de compétence attribué exclusivement aux législatures provinciales par l'art. 92. Ce faisant, les provinces légifèrent en vertu d'un domaine de compétence autre que leur pouvoir de taxation prévu au par. 92(2) et, par conséquent, hors de la portée de la restriction relative au caractère direct des taxes imposée par cette disposition.

Le fait que le régime législatif prévoit expressément l'usage que les conseils scolaires feront des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cet usage n'est pas déterminant en soi pour ce qui est de la qualification de la matière visée par la loi. L'expression «coûts de la réglementation» ne devrait pas être définie de telle sorte que, tant qu'une province prévoit expressément l'usage qui devra être fait des fonds perçus et que le montant qu'il sera permis de percevoir et l'usage qui sera fait de cet argent sont soigneusement limités à cette fin, la loi prévoyant un prélèvement aura nécessairement trait, de par son caractère véritable, à la matière à laquelle l'usage qui en sera fait se rapporte. L'adoption d'une telle position irait à l'encontre de la structure de la Constitution et de la jurisprudence antérieure de notre Cour.

Une REE a toutes les caractéristiques d'une taxe — un prélèvement obligatoire imposé par la loi par un organisme public dans un but d'intérêt public. Elle constitue, de par son caractère véritable, une taxe. Elle ne vise pas à réglementer la construction de maisons ou autres bâtiments. Elle ne fait pas partie intégrante de l'activité à laquelle se livrent ceux qui sont réglementés. Elle vise plutôt expressément à percevoir des sommes

been tied, as they must constitutionally be, to the regulation of particular activities. The legislative choice of permitting local school boards to impose levies to pay these additional costs for schooling on landowners who construct residences in their area, rather than imposing the costs on taxpayers generally, is perfectly legitimate. And it is equally legitimate that the construction industry (which apparently owns the bulk of the land) should bear its share of the costs since it benefits economically from the development. They are not being regulated; they are being taxed.

Extending the concept of regulatory charges in the manner argued would virtually deprive the distinction between taxation and regulation of all meaning. The constitutional restriction to direct taxation represents an important component of the constitutional arrangements and the underlying policies that support them strongly militate against this Court's permitting provincial legislatures to impose levies that are in their incidence indirect through legislation cloaked as regulatory schemes that constitute in pith and substance taxation.

The EDC scheme is *intra vires* the province as a direct tax within the meaning of the *Constitution Act, 1867*. It is a tax on land, a type of tax that has always been regarded as a quintessential example of a direct tax. It bears all the usual hallmarks of a land tax: it is imposed on the owner and is collectable against the land itself. Land taxes have always been characterized as direct taxes for the purposes of s. 92(2) because they were so perceived by the framers of the Constitution. This tax imposed on a landowner and collectable against the land cannot be construed as an indirect tax simply because of a tendency for the incidence of the tax to be passed on to subsequent purchasers of the property given the fact that the land is taxed only on owners who engage in development of the land and that the majority of them are builders who are building for sale.

The primary, if not only, rationale now underlying the prohibition of indirect taxation imposed on the provinces by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* is that the direct effect of their taxation measures must be confined within their territory. This should be taken into account

d'argent à une autre fin, soit la construction d'écoles. Les redevances de nature réglementaire ont jusqu'ici été liées, comme elles doivent l'être sur le plan constitutionnel, à la réglementation d'activités spécifiques. Il est parfaitement légitime que le législateur choisisse de permettre aux conseils scolaires locaux d'imposer aux propriétaires de terrains qui construisent des résidences dans leur secteur des redevances pour couvrir ces coûts supplémentaires d'enseignement, plutôt que d'en faire supporter les frais par les contribuables en général. Et il est également légitime que l'industrie de la construction (qui est apparemment propriétaire de la majeure partie des terrains) doive supporter sa part des coûts puisqu'elle bénéficie des exploitations sur le plan économique. Les propriétaires ne sont pas de ce fait réglementés; ils sont taxés.

Étendre la notion de redevances de nature réglementaire de la façon proposée enlèverait pratiquement toute signification à la distinction entre la taxation et la réglementation. La restriction constitutionnelle à l'égard de la taxation directe constitue une composante importante du compromis constitutionnel, et les politiques sur lesquelles il se fonde nécessitent que notre Cour évite de confirmer la validité de prélèvements par les législatures provinciales qui, quant à leur incidence, sont indirects du fait qu'ils font partie de mesures législatives déguisées en régime de réglementation, alors que, de par leur caractère véritable, ils constituent de la taxation.

Le régime des REE relève de la province en tant que taxe directe au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit d'une taxe foncière, type de taxe qui a toujours été considéré comme le meilleur exemple d'une taxe directe. Les REE comportent toutes les caractéristiques habituelles d'une taxe foncière. Elles sont imposées au propriétaire, et sont percevables sur le bien-fonds même. Les taxes foncières ont toujours été qualifiées de taxes directes pour les fins du par. 92(2) parce qu'elles étaient ainsi perçues par les rédacteurs de la Constitution. On ne peut pas interpréter cette taxe imposée à un propriétaire et percevable sur le bien-fonds comme étant une taxe indirecte simplement parce que l'incidence de cette taxe aura tendance à être reportée sur les acheteurs subséquents compte tenu du fait que le bien-fonds n'est taxable que pour les propriétaires qui l'exploitent et qu'il s'agit dans la majorité des cas de constructeurs qui construisent pour la vente.

La principale justification actuellement, voire la seule, de l'interdiction qui est faite aux provinces d'imposer des taxes indirectes aux termes du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est que l'effet direct de leurs mesures fiscales doit être circonscrit aux limites de

in considering the validity of a given tax by reference to its incidence. The type of taxes the framers of the Constitution contemplated as direct taxes, land taxes for example, were seen to have predominantly local impact, while those seen as indirect, such as customs and excise, had an obvious tendency to have extraterritorial impact. Moreover, s. 92(2) expressly limited provincial taxes to the province and the limitation to direct taxation has prevented provinces from doing indirectly what they could not do directly. This approach is wholly consistent with the basic structure of the Constitution.

The framers of the Constitution considered that certain well-known categories of taxes would fall into the rubric of either direct or indirect taxes. The Mill's test, which was seen as being a refinement of the idea underlying the earlier categories approach, where certain taxes were categorized as being either direct or indirect, defined a direct tax as one demanded from the very person who it is intended or desired should pay it and an indirect tax as one demanded from one person in the expectation and intention that that person indemnify him- or herself at the expense of another. While never abandoning the "categories approach", the courts have moved to Mill's test when dealing with taxes that did not fit comfortably with the few categories specifically adverted to by the framers. Mill's test was found to permit the courts greater flexibility in accommodating the competing policies of according the provinces ample power to tax — necessary to provide provinces with sufficient means to finance their legislative activities, which quickly turned out to be much more expensive than expected in 1867 — while restraining them to their territorial scope. Thus, while EDCs might be indirect within the meaning of the definition proposed by Mill, ignoring the fact that they are land taxes — the impact of which can only be confined to the territory of Ontario — would disregard the important constitutional policies underlying the limitation to direct taxation provided for in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

The use of Mill's test to transform what in all other respects falls within the category of a land tax is wholly inconsistent with the trend of the jurisprudence and the constitutional policies that underlie it. Clearly, it does

leur territoire. Il y aurait lieu de tenir compte de ce facteur dans l'examen de la validité d'une taxe donnée par rapport à son incidence. Le type de taxes que les rédacteurs de la Constitution considéraient comme des taxes directes, les taxes foncières par exemple, avaient principalement un effet local, alors que les taxes qu'ils considéraient comme des taxes indirectes, comme les douanes et l'accise, avaient de toute évidence tendance à avoir un effet extraterritorial. En outre, le par. 92(2) limitait expressément les taxes provinciales à la province et la restriction en matière de taxation directe a empêché les provinces de faire indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement. Cette analyse est tout à fait compatible avec la structure fondamentale de la Constitution.

Les rédacteurs de la Constitution étaient d'avis que certaines catégories de taxes bien connues se rangeraient sous la rubrique des taxes directes ou celle des taxes indirectes. Le critère de Mill, qui a été considéré comme un raffinement de l'idée sous-tendant la méthode des catégories utilisée antérieurement, dans laquelle certaines taxes étaient caractérisées comme étant soit directes soit indirectes, a défini une taxe directe comme celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer et une taxe indirecte comme celle qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre. Bien qu'ils n'aient jamais abandonné la «méthode des catégories», les tribunaux ont adopté le critère de Mill lorsqu'ils ont été appelés à se prononcer sur des types de taxes qui s'inséraient mal dans les quelques catégories auxquelles s'étaient expressément reportés les rédacteurs. On a estimé que le critère de Mill offrait aux tribunaux davantage de souplesse pour composer avec le conflit entre accorder aux provinces de vastes pouvoirs de taxation — nécessaires pour fournir aux provinces des moyens suffisants pour financer leurs activités législatives, qui se sont rapidement avérées être beaucoup plus onéreuses qu'on l'avait cru en 1867 — et en restreindre en même temps l'exercice dans les limites de leur territoire. En conséquence, bien que l'incidence des REE puisse bien être indirecte au sens de la définition proposée par Mill, ne pas tenir compte du fait qu'elles sont des taxes foncières — dont les conséquences doivent se limiter au territoire de l'Ontario — déconsidérerait les importantes politiques constitutionnelles qui sous-tendent la restriction à la taxation directe imposée par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'utilisation du critère de Mill pour transformer ce qui, à tous les autres points de vue, se classe dans la catégorie des taxes foncières est tout à fait incompatible avec la tendance de la jurisprudence et les politiques

not serve the major policy grounds today supporting the limitation of the provinces to direct taxes. There are no significant extraprovincial implications to land taxes. Nor does it serve the policy adopted by the courts of expansively interpreting the ambit of provincial taxing powers to meet the important legislative functions for which they now bear responsibility.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; **considered:** *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, rev'g [1926] S.C.R. 349; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; **referred to:** *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; *Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 144; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619; *City of Montreal v. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Rattenbury v. Land Settlement Board*, [1929] S.C.R. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] S.C.R. 295; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750; *Rural Municipality of Bratts Lake v. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962; *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board v. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. No. 1093; *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177; *Etobicoke Board of Education v. Highbury Developments Ltd.*, [1958] S.C.R. 196; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec*

constitutionnelles sur lesquelles elle se fonde. Cette tentative ne sert manifestement pas les principaux motifs qui appuient de nos jours le fait que les provinces soient limitées au champ de la taxation directe. Les taxes foncières n'ont aucune répercussion extraprovinciale importante. Cette tentative ne sert pas non plus la politique adoptée par les tribunaux, selon laquelle il y a lieu d'interpréter largement la portée des pouvoirs de taxation des provinces pour que celles-ci puissent s'acquitter des importantes fonctions législatives dont elles ont maintenant la responsabilité.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec les arrêts: *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550; **arrêts examinés:** *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, inf. [1926] R.C.S. 349; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619; *City of Montreal c. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136; *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] R.C.S. 295; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750; *Rural Municipality of Bratts Lake c. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962; *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board c. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. No. 1093; *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177; *Etobicoke Board of Education c. Highbury Developments Ltd.*, [1958] R.C.S. 196;

(Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 377; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346.

By La Forest J.

Considered: *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee v. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Ontario Boys' Wear Ltd. v. The Advisory Committee*, [1944] S.C.R. 349; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681; *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, rev'g [1926] S.C.R. 349; **referred to:** *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *Rattenbury v. Land Settlement Board*, [1929] S.C.R. 52; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; *R. v. Churchill* (1972), 29 D.L.R. (3d) 368; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715; *Attorney-General for Quebec v. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090; *Cotton v. The King*, [1914] A.C. 176; *Alleyn v. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466.

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; *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346.

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee c. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Ontario Boys' Wear Ltd. c. The Advisory Committee*, [1944] R.C.S. 349; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, inf. [1926] R.C.S. 349; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *R. c. Churchill* (1972), 29 D.L.R. (3d) 368; *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Attorney-General for Quebec c. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090; *Cotton c. The King*, [1914] A.C. 176; *Alleyn c. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Cie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466.

Statutes and Regulations Cited

- Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("Scott Act"), ss. 14, 20.
- Building Code Act*, R.S.O. 1990, c. B.13.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2(a), 15(1).
- Conservation Authorities Act*, R.S.O. 1990, c. C.27.
- Constitution Act, 1867*, ss. 91(3), 92(2), (9), (13), (14), (16), 93(1).
- Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9 [en. S.O. 1989, c. 58], ss. 30(1), (3)(a), (b), 35(1)(a), (b), (2), (3), (4), (5).
- Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 11(3), 122(1), 170, paras. 6, 7; s. 171(1), para. 7; s. 195.
- Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Reg. 268, ss. 1, 2, 3, 4, 5(1), (2), (3), (4), (6), (7).
- Environmental Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. E.18.
- Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19.
- Fire Marshals Act*, R.S.O. 1990, c. F.17.
- General Legislative Grants 1992*, O. Reg. 119/92, ss. 6(1), 51.
- Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45.
- Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.28.
- Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1990, c. O.40.
- Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13, ss. 2(i) [rep. & sub. S.O. 1994, c. 23, s. 5], 51(24)(a) [*idem*, s. 30], (j) [*idem*].

Authors Cited

- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "commodity".
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1995, release 1).
- Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1977.
- La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
- Laskin, Bora. "Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power" (1959), *U. of T. L.J.* 1.

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, 26 Vict., ch. 5 («Loi Scott»), art. 14, 20.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2a), 15(1).
- Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Règl. 268, art. 1, 2, 3, 4, 5(1), (2), (3), (4), (6), (7).
- General Legislative Grants 1992*, Régulation, Règl. Ont. 119/92, art. 6(1), 51.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(3), 92(2), (9), (13), (14), (16), 93(1).
- Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, ch. P.13, art. 2i) [abr. & rempl. L.O. 1994, ch. 23, art. 5], 51(24)a) [*idem*, art. 30], j) [*idem*].
- Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 11(3), 122(1), 170, al. 6, 7; art. 171(1), al. 7; art. 195.
- Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.28.
- Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19.
- Loi sur le code du bâtiment*, L.R.O. 1990, ch. B.13.
- Loi sur les commissaires des incendies*, L.R.O. 1990, ch. F.17.
- Loi sur les évaluations environnementales*, L.R.O. 1990, ch. E.18.
- Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45.
- Loi sur les offices de protection de la nature*, L.R.O. 1990, ch. C.27.
- Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9 (ad. S.O. 1989, ch. 58), art. 30(1), (3)a), b), 35(1)a), b), (2), (3), (4), (5).
- Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.40.

Doctrine citée

- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «commodity».
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1995, release 1).
- Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1977.
- La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
- Laskin, Bora. «Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power» (1959), *U. of T. L.J.* 1.

Magnet, Joseph Eliot. "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473.

Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy with some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 17 O.R. (3d) 103, 69 O.A.C. 216, 109 D.L.R. (4th) 289, 19 M.P.L.R. (2d) 1, allowing an appeal from the Ontario Court (Divisional Court) (1993), 13 O.R. (3d) 493, 62 O.A.C. 321, 103 D.L.R. (4th) 55, 15 M.P.L.R. (2d) 1. Appeal dismissed.

Neil Finkelstein and Monica Kowal, for the appellants.

Martha M. Mackinnon, for the respondent the York Region Board of Education.

Peter D. Lauwers, for the respondent the York Region Roman Catholic Separate School Board.

Janet E. Minor and Michel Y. Hélie, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

Colin L. Campbell, Q.C., and *Gordon F. Willcocks*, for the intervener the Ontario Public School Boards' Association.

Peter D. Lauwers, for the intervener the Ontario Separate School Trustees' Association.

George Vegh, for the interveners Carlota Guzman and Tony Ciccone.

Jane Thompson and Robert Maxwell, for the interveners Charlotte Pope and Doris Seto.

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

Magnet, Joseph Eliot. «The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473.

Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy with some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 17 O.R. (3d) 103, 69 O.A.C. 216, 109 D.L.R. (4th) 289, 19 M.P.L.R. (2d) 1, qui a accueilli un appel contre une décision de la Cour de l'Ontario (Cour divisionnaire) (1993), 13 O.R. (3d) 493, 62 O.A.C. 321, 103 D.L.R. (4th) 55, 15 M.P.L.R. (2d) 1. Pourvoi rejeté.

Neil Finkelstein et Monica Kowal, pour les appelantes.

Martha M. Mackinnon, pour l'intimé le conseil scolaire de la région de York.

Peter D. Lauwers, pour l'intimé le conseil d'écoles catholiques séparées de la région de York.

Janet E. Minor et Michel Y. Hélie, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Colin L. Campbell, c.r., et *Gordon F. Willcocks*, pour l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario.

Peter D. Lauwers, pour l'intervenante l'Ontario Separate School Trustees' Association.

George Vegh, pour les intervenants Carlota Guzman et Tony Ciccone.

Jane Thompson et Robert Maxwell, pour les intervenantes Charlotte Pope et Doris Seto.

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

IACOBUCCI J. — This appeal involves a challenge to the constitutional validity of Part III of the *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9 (the “Act”), which authorizes Ontario public and separate school boards to impose so-called education development charges (“EDCs”) on buildings that result from new development. The major issues involved are threefold: whether the Act is *ultra vires* the province with respect to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*; whether the Act violates the guarantees given to separate school supporters pursuant to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*; and whether the Act is in violation of ss. 2(a) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is also a question with respect to the standing of several of the interveners.

I conclude that the education development charges constitute indirect taxation contrary to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. However, it is also my conclusion that Part III of the Act is *intra vires* the province as ancillary or adhesive to a valid regulatory scheme pursuant to ss. 92(9), (13) and (16). Further, in my view, the education development charge scheme is a legitimate component of an educational funding model that is fair and non-discriminatory, consonant with the rights and privileges granted in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Finally, the legislation in question, falling as it does within the scope of s. 93(1), is immune from *Charter* scrutiny.

I. Background

The appellants develop land and build homes in Southern Ontario, including the York Region. In September 1992, the appellants initiated an application in Divisional Court for judicial review of by-laws passed by the respondents, York Region Board of Education and York Region Roman Catholic Separate School Board (the “School Boards”). The by-laws were passed pursuant to Part III of the Act, and require persons seeking building permits to pay an EDC as a condition of obtaining the per-

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de la partie III de la *Loi sur les redevances d’exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9 (la «Loi»), qui autorise les conseils d’écoles publiques et d’écoles séparées de l’Ontario à imposer des redevances d’exploitation relatives à l’éducation («REE») à l’égard de bâtiments résultant de nouveaux travaux d’exploitation. Trois grandes questions sont soulevées: il s’agit de savoir si la Loi excède la compétence de la province au regard de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, si elle porte atteinte aux garanties dont jouissent les contribuables des écoles séparées en vertu du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et enfin si elle contrevient à l’al. 2a) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une question se pose également en ce qui concerne la qualité pour agir de certains des intervenants.

J’arrive à la conclusion que les redevances d’exploitation relatives à l’éducation constituent une taxe indirecte qui va à l’encontre de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, je conclus également que la partie III de la Loi relève de la compétence de la province parce qu’elle est accessoire ou rattachée à un régime de réglementation valide conformément aux par. 92(9), (13) et (16). Qui plus est, à mon avis, le régime des redevances d’exploitation relatives à l’éducation est une composante légitime d’un mode de financement de l’éducation qui est équitable et non discriminatoire, en conformité avec les droits et privilèges conférés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, la loi en cause, tombant ainsi sous le coup du par. 93(1), échappe à l’examen fondé sur la *Charte*.

I. Le contexte

Les appelantes exploitent des terrains et construisent des maisons dans le sud de l’Ontario, notamment dans la région de York. En septembre 1992, elles ont déposé devant la Cour divisionnaire une demande de contrôle judiciaire de règlements scolaires adoptés par les intimés le conseil scolaire de la région de York et le conseil d’écoles catholiques séparées de la région de York (les «conseils scolaires»). Ces règlements, adoptés en application de la partie III de la Loi, subordonnent la déli-

1

2

3

mit. The purpose of the EDC scheme is to permit school boards to raise the local share for new school construction on land undergoing residential and non-residential development when that development creates the need for new schools.

The EDC scheme

4 Section 30 of the Act provides that if there is residential development that would increase education capital costs in the area of a school board's jurisdiction, that school board may pass by-laws imposing "education development charges" against the land undergoing residential and commercial development in the area. Such by-laws, pursuant to s. 30(3), must designate the categories of residential and commercial development upon which EDCs are to be imposed, and to designate "those uses of land, buildings or structures" upon which EDCs are to be imposed. Section 35 outlines the payment mechanism for the EDCs. The charge is payable to the municipality in which the development takes place on the date that a building permit is issued for a building or other structure to which an EDC applies. Section 35(3) provides that a municipality may withhold a building permit until the EDC has been paid. Section 35(4) states that, with the consent of the Minister of Education, a school board may accept the provision of school facilities from an owner in lieu of the payment of all or any portion of an EDC.

5 The legislation makes no distinction between public and separate school boards, nor between public and separate school supporters. Anyone applying for a building permit for development to which an EDC by-law applies must pay the charge, regardless of their support of the public or the separate school system. It is important to note that EDCs are designed to deal only with education capital costs made necessary by new residential

vance d'un permis de construire au versement d'une REE. Le régime des REE vise à permettre aux conseils scolaires de prélever la part locale pour la construction de nouvelles écoles sur des terrains où s'effectuent des travaux d'exploitation à des fins résidentielles et non résidentielles, lorsque ces travaux créent le besoin de nouvelles écoles.

Le régime des REE

L'article 30 de la Loi prévoit que s'il est procédé à des travaux d'exploitation à des fins résidentielles qui augmenteraient les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation, dans le secteur de compétence d'un conseil scolaire, ce conseil peut adopter des règlements prévoyant l'imposition de «redevances d'exploitation relatives à l'éducation» à l'égard d'un terrain faisant l'objet des travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles dans le secteur. Aux termes du par. 30(3), ces règlements désignent les catégories de travaux d'exploitation à des fins résidentielles et à des fins commerciales ainsi que «les utilisations de terrains, de bâtiments ou de constructions» à l'égard desquelles des REE seront imposées. L'article 35 établit les modalités de paiement des REE. Celles-ci sont payables à la municipalité dans laquelle s'effectuent les travaux d'exploitation à la date de délivrance d'un permis de construire à l'égard d'un bâtiment ou d'une autre construction auxquels s'applique la REE. Le paragraphe 35(3) dispose qu'une municipalité peut refuser de délivrer le permis tant que la REE n'a pas été payée. Suivant le par. 35(4), un conseil scolaire peut, moyennant l'autorisation du ministre de l'Éducation, accepter qu'un propriétaire fournisse des installations scolaires au lieu de payer la totalité ou une partie de la REE.

La Loi ne fait aucune distinction entre les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées, non plus qu'entre les contribuables des écoles publiques et ceux des écoles séparées. Quiconque demande un permis de construire pour des travaux d'exploitation auxquels s'applique un règlement imposant une REE doit payer la redevance, indépendamment du système scolaire qu'il appuie. Il importe de noter que les REE sont uni-

development. Capital costs associated with existing schools, or the building of schools for existing pupils currently accommodated in portables or sent by bus to distant schools cannot be included. The EDC legislation not only permits school boards to raise capital, but also ensures that new land development bears the cost of infrastructure on its own, rather than imposing an additional burden on existing developments.

The method for calculating the amount of EDC that is payable is set out in *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Reg. 268 ("Regulation 268"). The starting point for the calculation of the charge, under s. 3 of Regulation 268, is the estimated number of new dwelling units that will result from the development on the land subject to the EDCs. The number of estimated growth-related new school pupils is then determined, as well as the number of school projects needed to serve the new pupils. The next factor is the cost of site purchase and construction cost for all the required projects. The percentage of the construction cost to be financed by legislative grant under s. 11(3) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, is factored in, in order to determine the net growth-related education capital cost that will flow from development. A certain percentage of this cost will be paid through EDCs in respect of commercial development. The commercial contribution is calculated by dividing the percentage of growth-related cost that is to be covered by commercial EDCs by the declared value of the commercial building permits issued during the term of the EDC by-law, and multiplying the quotient by 100 to express the EDC on commercial development as a percentage of declared value.

quement destinées à couvrir les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation engendrés par les nouveaux travaux d'exploitation à des fins résidentielles. Ne peuvent donc être inclus les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes, ni la construction d'écoles destinées aux élèves fréquentant déjà des écoles mobiles ou transportés par autobus dans des écoles éloignées. Non seulement les mesures législatives permettant l'imposition de REE autorisent les conseils scolaires à prélever des fonds, mais elles font aussi en sorte que les nouvelles exploitations foncières supportent les coûts de leur propre infrastructure, au lieu d'alourdir le fardeau des exploitations existantes.

Les modalités de calcul du montant de la REE payable sont définies dans *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Règl. 268 (le «règlement 268»). Aux termes de l'art. 3 du règlement 268, le point de départ du calcul est le nombre estimatif de nouveaux logements qui seront construits sur le terrain assujéti à la REE. On détermine ensuite le nombre estimatif de nouveaux élèves qu'entraînera la croissance, ainsi que le nombre de projets d'école nécessaires pour servir les nouveaux élèves. Le facteur suivant est le prix d'achat de l'emplacement et les frais de construction de tous les projets requis. Il est tenu compte du pourcentage de ces frais devant être financé par le versement d'une subvention générale en vertu du par. 11(3) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, pour obtenir le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance qui découlera des travaux d'exploitation. Un certain pourcentage de ce coût sera payé au moyen de la REE à l'égard des travaux d'exploitation à des fins commerciales. La contribution à des fins commerciales est calculée en divisant le pourcentage du coût lié à la croissance couvert par la REE commerciale par la valeur déclarée des permis de construire des bâtiments commerciaux devant être délivrés pendant la période d'application du règlement scolaire qui prévoit l'imposition de la REE, et en multipliant le quotient par 100 afin d'obtenir le montant de la REE imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée.

7

An EDC scheme established by a particular school board can only operate with the approval of the Minister of Education. Before passing an EDC by-law, a school board must refer its plans for school facilities that constitute an education capital cost to the Minister of Education for approval (Regulation 268, s. 2). The construction cost and cost of site figures used in calculating EDC must be approved by the Minister of Education, pursuant to Regulation 268, ss. 1, 3(9). The maximum amount of an EDC is limited by the level of provincial grant that will be made, as EDCs can only be used to fund the local share of education capital costs (Regulation 268, s. 5(7)). As well, a school board cannot withdraw funds from an EDC account for a capital project unless final approval for the project has been given by the Minister of Education making a capital grant under s. 11(3) of the *Education Act*. In this regard, the Minister is bound by s. 122 of the *Education Act*. As well, the Minister of Education has a general power to ensure compliance with the *Education Act*, as well as Part III of the Act, and legislation subordinate thereto.

Seul le ministre de l'Éducation peut autoriser l'application du régime des REE établi par un conseil scolaire donné. Avant d'adopter un règlement prévoyant l'imposition d'une telle redevance, le conseil doit en effet soumettre à l'approbation du ministre de l'Éducation ses plans d'installations scolaires qui représentent un coût en immobilisations relatif à l'éducation (règlement 268, art. 2). Suivant l'art. 1 et le par. 3(9) de ce règlement, les frais de construction et le prix d'achat de l'emplacement servant au calcul de la REE doivent être approuvés par le ministre de l'Éducation. Le montant de la REE ne peut excéder le niveau de la subvention qui sera versée par la province, la redevance ne pouvant servir qu'à financer la part locale des coûts en immobilisations relatifs à l'éducation (règlement 268, par. 5(7)). De même, le conseil scolaire ne peut retirer des fonds de son compte de REE aux fins d'un projet d'immobilisations avant que le projet n'ait reçu l'approbation définitive du ministre de l'Éducation versant une subvention pour immobilisations en vertu du par. 11(3) de la *Loi sur l'éducation*. À cet égard, le ministre est lié par l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*. En outre, le ministre de l'Éducation a le pouvoir général de veiller au respect de la *Loi sur l'éducation*, de même que de la partie III de la Loi et de la législation déléguée.

8

This power flows from s. 6(1) of the *General Legislative Grants, 1992 Regulation*, O. Reg. 119/92 (the "GLG Regulation"), made pursuant to the *Education Act*:

Ce pouvoir découle du par. 6(1) du *General Legislative Grants, 1992*, Règl. Ont. 119/92 le («Règlement GLG»), pris en vertu de la *Loi sur l'éducation*:

6. — (1) Where a board fails to comply with the Acts administered by the Minister or the Regulations thereunder, the Minister may withhold the whole or any part of a legislative grant payable until the board has taken the action necessary to correct the condition that caused the grant to be withheld.

[TRADUCTION] 6. — (1) Lorsqu'un conseil omet de se conformer aux lois appliquées par le ministre ou aux règlements d'application de ces lois, le ministre peut refuser de verser, en tout ou en partie, la subvention générale payable, jusqu'à ce que le conseil ait pris les mesures nécessaires pour remédier à la situation.

9

The proceeds generated by an EDC by-law must be deposited in two interest-bearing accounts; the first account is for EDC revenue raised on account of residential development, and the second account is for EDC revenue raised on account of commercial development (Regulation 268, ss. 5(1)-(3)). If two or more coterminous school boards pass EDC by-laws, the proceeds are to be deposited into

Les sommes générées par un règlement scolaire prévoyant l'imposition d'une REE doivent être déposées dans deux comptes productifs d'intérêts; le premier sert au dépôt des sommes reçues au titre des travaux d'exploitation à des fins résidentielles et le second, au dépôt des sommes reçues au titre des travaux d'exploitation à des fins commerciales (règlement 268, par. 5(1) à (3)). Si deux ou

two commingled bank accounts (Regulation 268, s. 5(4)). Funds from these accounts may only be withdrawn with the signatures of the treasurers of all the coterminous boards on whose accounts the moneys have been deposited (Regulation 268, s. 5(6)).

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

A. Constitution Act, 1867

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes.

. . .

9. Shop, Saloon, Tavern, Auctioneer, and other Licences in order to the raising of a Revenue for Provincial, Local, or Municipal Purposes.

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

. . .

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

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

B. Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

plusieurs conseils coïncidents adoptent des règlements prévoyant l'imposition d'une REE, les recettes sont alors déposées dans deux comptes bancaires conjoints (règlement 268, par. 5(4)). Aucune somme ne doit être retirée de ces comptes si ce n'est sur signature des trésoriers de tous les conseils coïncidents dans les comptes desquels les sommes ont été déposées (règlement 268, par. 5(6)).

II. Dispositions constitutionnelles et législatives applicables

A. Loi constitutionnelle de 1867

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

. . .

2. la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

. . .

9. les licences de boutiques, de cabarets, d'auberges, d'encanteurs et autres licences ou permis en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux;

. . .

13. la propriété et les droits civils dans la province;

. . .

16. généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

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;

B. Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

(a) freedom of conscience and religion;

a) liberté de conscience et de 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.

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.

C. *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("*Scott Act*")

C. *Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 ("*Loi Scott*")

14. Every person paying rates, whether as proprietor or tenant, who, by himself or his agent, on or before the first day of March in any year, gives, or who, on or before the first day of March, of the present year, has given to the Clerk of the Municipality notice in writing that he is a Roman Catholic, and a supporter of a Separate School situated in the said Municipality, or in a Municipality contiguous thereto, shall be exempted from the payment of all rates imposed for the support of Common Schools, and of Common School Libraries, or for the purchase of land or erection of buildings for Common School purposes, within the City, Town, Incorporated Village or section in which he resides, for the then current year, and every subsequent year thereafter, while he continues a supporter of a Separate School; and such notice shall not be required to be renewed annually; and it shall be the duty of the Trustees of every Separate School to transmit to the Clerk of the Municipality or Clerks of Municipalities (as the case may be) on or before the first day of June in each year, a correct list of the names and residences of all persons supporting the Separate Schools under their management; and every ratepayer whose name shall not appear on such list shall be rated for the support of Common Schools.

14. Tout contribuable qui paiera des taxes, soit comme propriétaire ou locataire, et qui, par lui-même ou par son agent, aura donné avis par écrit le ou avant le premier jour de mars d'aucune année, ou donnera avis le ou avant le premier jour de mars de l'année courante, au greffier de la municipalité, qu'il est catholique romain et contribue au soutien d'une école séparée située dans la dite municipalité ou dans une municipalité adjacente, sera exempt de toutes taxes imposées pour le soutien des écoles communes et des bibliothèques des écoles communes, ou pour l'achat de terrains ou construction de bâtisses pour les écoles communes, dans la cité, ville ou village incorporé ou l'arrondissement dans lequel il réside, pour l'année courante ou pour toute année subséquente, tant qu'il continuera de contribuer au soutien d'une école séparée; il ne sera pas nécessaire de renouveler tel avis chaque année; et il sera du devoir des syndicats de toute école séparée, le ou avant le premier jour de juin de chaque année, de transmettre au greffier de la municipalité ou aux greffiers des municipalités, suivant le cas, une liste correcte des noms et domiciles de toutes les personnes contribuant au soutien des écoles séparées sous leur administration, et chaque contribuable dont le nom ne se trouvera pas sur cette liste, sera cotisé pour le soutien des écoles communes.

20. Every Separate School shall be entitled to a share in the fund annually granted by the Legislature of this Province for the support of Common Schools, and shall be entitled also to a share in all other public grants, investments and allotments for Common School purposes now made or hereafter to be made by the Province or the Municipal authorities, according to the average number of pupils attending such school during the twelve next preceding months, or during the number of months which may have elapsed from the establishment of a new Separate School, as compared with the whole

20. Chaque école séparée aura droit à une part du fonds octroyé annuellement par la législature de cette province pour le soutien des écoles communes, et aura aussi droit à une part dans tous les autres octrois publics, placements et allocations votés ou qui le seront à l'avenir pour les fins d'écoles communes par la province ou les autorités municipales, selon la moyenne du nombre des élèves fréquentant telle école les douze mois précédents, ou pendant le nombre de mois écoulés depuis l'établissement d'une nouvelle école séparée, telle que comparée avec la moyenne du nombre total d'élèves

average number of pupils attending School in the same City, Town, Village or Township.

D. *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2

122. — (1) Every separate school shall share in the legislative grants in like manner as a public school.

E. *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9

30. — (1) If there is residential development in the area of jurisdiction of a board that would increase education capital costs, the board may pass by-laws for the imposition of education development charges against land undergoing residential and commercial development in that area . . .

(3) A by-law passed under subsection (1) shall,

- (a) designate the categories of residential development and commercial development upon which an education development charge shall be imposed;
- (b) designate those uses of land, buildings or structures upon which an education development charge shall be imposed;

35. — (1) An education development charge is payable,

- (a) to the municipality in which the development takes place on the date a building permit is issued in relation to a building or structure on land to which an education development charge applies; or
- (b) if the development takes place in territory without municipal organization, to the board that imposed the education development charge thirty days after the board mails a notice to the owner setting out the amount of the charge.

(2) An education development charge imposed by a board in respect of commercial development is the amount determined in the manner prescribed or calculated using the formula prescribed.

fréquentant les écoles dans la même cité, ville, village ou township.

D. *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2

122 (1) Les écoles séparées doivent recevoir une part des subventions générales de la même façon que les écoles publiques.

E. *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9

30 (1) S'il est procédé, dans le secteur de compétence d'un conseil, à des travaux d'exploitation à des fins résidentielles qui augmenteraient les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation, le conseil peut adopter des règlements scolaires prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation à l'égard d'un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles dans ce secteur . . .

(3) Les règlements scolaires adoptés en vertu du paragraphe (1):

- a) désignent les catégories de travaux d'exploitation à des fins résidentielles et de travaux d'exploitation à des fins commerciales à l'égard desquelles est imposée une redevance d'exploitation relative à l'éducation;
- b) désignent les utilisations de terrains, de bâtiments ou de constructions à l'égard desquelles est imposée une redevance d'exploitation relative à l'éducation;

35 (1) Les redevances d'exploitation relatives à l'éducation sont payables:

- a) à la municipalité dans laquelle les travaux d'exploitation s'effectuent à la date de délivrance d'un permis de construire à l'égard d'un bâtiment ou d'une construction sur un terrain auquel s'applique une redevance d'exploitation relative à l'éducation;
- b) si les travaux d'exploitation s'effectuent dans un territoire non érigé en municipalité, au conseil qui a imposé la redevance d'exploitation relative à l'éducation, trente jours après que le conseil a envoyé par la poste au propriétaire un avis indiquant le montant de la redevance.

(2) La redevance d'exploitation relative à l'éducation qu'un conseil impose à l'égard de travaux d'exploitation à des fins commerciales correspond au montant fixé de la manière prescrite ou calculé selon la formule prescrite.

(3) Despite any other Act, a municipality is not required to issue a building permit in relation to a building or structure on land to which an education development charge by-law applies unless the education development charge has been paid.

(4) Despite subsection (1), and subject to subsection (5) and the consent of the Minister of Education, a board may by agreement permit an owner to provide school facilities in lieu of the payment of all or any portion of an education development charge

(5) If more than one board has jurisdiction in an area and one or more boards are to receive school facilities under subsection (4), all of the boards that have imposed an education development charge in that area are required to be parties to the agreement.

F. *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Reg. 268

1. . . .

“declared value” means the cost on which the building permit fee is calculated;

“elementary rate of grant” means the percentage of the construction cost of an elementary school project or of the cost of site purchase of an elementary school project that may be financed by a legislative grant under subsection 11 (3) of the *Education Act*;

“elementary yield factor” means a board’s per unit estimate of the number of elementary school pupils generated from net new units;

. . . .

“secondary rate of grant” means the percentage of the construction cost of a secondary school project or of the cost of site purchase of a secondary school project that may be financed by a legislative grant under subsection 11 (3) of the *Education Act*;

(3) Malgré toute autre loi, une municipalité n’est tenue de délivrer un permis de construire à l’égard d’un bâtiment ou d’une construction sur un terrain auquel s’applique un règlement scolaire prévoyant l’imposition de redevances d’exploitation relatives à l’éducation que si la redevance d’exploitation relative à l’éducation a été payée.

(4) Malgré le paragraphe (1), et sous réserve du paragraphe (5) et de l’autorisation du ministre de l’Éducation, un conseil peut conclure un accord permettant à un propriétaire de fournir des installations scolaires au lieu de payer la totalité ou une partie de la redevance d’exploitation relative à l’éducation

(5) Si plus d’un conseil a compétence dans un secteur et qu’un ou plusieurs conseils doivent recevoir des installations scolaires en vertu du paragraphe (4), tous les conseils qui ont imposé une redevance d’exploitation relative à l’éducation dans ce secteur sont tenus d’être parties à l’accord.

F. *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, règl. 268

[TRADUCTION]

1. . . .

«facteur de rendement à l’élémentaire» L’estimation du conseil du nombre d’élèves de palier élémentaire par logement calculé à partir du nombre net de nouveaux logements.

«facteur de rendement au secondaire» L’estimation du conseil du nombre d’élèves de palier secondaire par logement calculé à partir du nombre net de nouveaux logements.

«taux de subvention à l’élémentaire» Le pourcentage des frais de construction d’un projet d’école élémentaire ou du prix d’achat de l’emplacement d’un projet d’école élémentaire qui peut être financé au moyen d’une subvention générale en vertu du paragraphe 11 (3) de la *Loi sur l’éducation*.

. . . .

«taux de subvention au secondaire» Le pourcentage des frais de construction d’un projet d’école secondaire ou du prix d’achat de l’emplacement pour un projet d’école secondaire qui peut être financé au moyen d’une subvention générale en vertu du paragraphe 11 (3) de la *Loi sur l’éducation*.

“secondary yield factor” means a board’s per unit estimate of the number of secondary school pupils generated from net new units;

3. A board shall calculate the amount of an education development charge on residential development according to the following procedures, that shall be applied in order beginning with paragraph 1:

1. For each year that the education development charge by-law imposing the education development charge is in force, estimate the number of new dwelling units on land subject to the education development charge.
2. Determine the elementary yield factor or secondary yield factor, or both, as the case requires, or determine the elementary yield factor or secondary yield factor, or both, for each type of dwelling unit distinguished by the board and represented in the net new units.
3. Multiply the net new units for each year by the elementary yield factor or, if the board has distinguished between types of dwelling units in arriving at its elementary yield factor, multiply the net new units of each type of dwelling unit represented in the net new units for each year by the appropriate elementary yield factor.
4. Multiply the net new units for each year by the secondary yield factor or, if the board has distinguished between types of dwelling units in arriving at its secondary yield factor, multiply the net new units of each type of dwelling unit represented in the net new units for each year by the appropriate secondary yield factor.
5. Add the products obtained under paragraph 3 to obtain the total number of estimated growth-related new elementary school pupils.
6. Add the products obtained under paragraph 4 to obtain the total number of estimated growth-related new secondary school pupils.

«valeur déclarée» Le prix à partir duquel les droits de permis de construire sont calculés.

3. Le conseil calcule le montant d’une redevance d’exploitation relative à l’éducation imposée sur des travaux d’exploitation à des fins résidentielles conformément aux modalités suivantes, qui s’appliquent dans l’ordre, en commençant par la disposition 1:

1. Pour chaque année où le règlement scolaire prévoyant l’imposition de redevances d’exploitation relatives à l’éducation qui établit la redevance d’exploitation relative à l’éducation est en vigueur, évaluer le nombre de nouveaux logements sur le terrain assujéti à la redevance d’exploitation relative à l’éducation.
2. Déterminer le facteur de rendement à l’élémentaire ou le facteur de rendement au secondaire, ou les deux, selon le cas, ou déterminer le facteur de rendement à l’élémentaire ou le facteur de rendement au secondaire, ou les deux, pour chaque genre de logement identifié par le conseil et compris dans le nombre net de nouveaux logements.
3. Multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement à l’élémentaire ou, si le conseil a identifié plusieurs genres de logements lors de son calcul du facteur de rendement à l’élémentaire, multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque genre de logement compris dans le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement à l’élémentaire approprié.
4. Multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement au secondaire ou, si le conseil a identifié plusieurs genres de logements lors de son calcul du facteur de rendement au secondaire, multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque genre de logement compris dans le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement au secondaire approprié.
5. Additionner les produits obtenus aux termes de la disposition 3 pour obtenir le nombre total estimatif de nouveaux élèves de palier élémentaire lié à la croissance.
6. Additionner les produits obtenus aux termes de la disposition 4 pour obtenir le nombre total estimatif de nouveaux élèves de palier secondaire lié à la croissance.

7. Determine the number of elementary school projects required to serve the estimated growth-related new elementary school pupils determined under paragraph 5.
 8. Determine the number of secondary school projects required to serve the estimated growth-related new secondary school pupils determined under paragraph 6.
 9. Determine the cost of site purchase and the construction cost for each project determined under paragraphs 7 and 8.
 10. Add the cost of site purchases for the elementary school projects determined under paragraph 7 to the construction costs for the elementary school projects to obtain the growth-related capital cost elementary.
 11. Add the cost of site purchases for the secondary school projects determined under paragraph 8 to the construction cost for the secondary school projects to obtain the growth-related capital cost secondary.
 12. Multiply the growth-related education capital cost elementary by the elementary rate of grant.
 13. Multiply the growth-related education capital cost secondary by the secondary rate of grant.
 14. Add the products obtained under paragraphs 12 and 13.
 15. Add the growth-related education capital cost elementary to the growth-related education capital cost secondary.
 16. Subtract the sum obtained under paragraph 14 from the sum obtained under paragraph 15 to obtain the growth-related net education capital cost.
 17. If less than 100 per cent of the growth-related net education capital cost is to be financed by education development charges, determine the portion thereof that will be so financed.
 18. Subtract the commercial contribution determined under paragraph 2 of section 4 from the growth-related net education capital cost determined under paragraph 16, or the portion thereof determined under paragraph 17, as the case requires.
7. Déterminer le nombre de projets d'école élémentaire nécessaires pour servir le nombre estimatif de nouveaux élèves du palier élémentaire lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 5.
 8. Déterminer le nombre de projets d'école secondaire nécessaires pour servir le nombre estimatif de nouveaux élèves du palier secondaire lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 6.
 9. Déterminer le prix d'achat de l'emplacement et les frais de construction de chaque projet déterminé aux termes des dispositions 7 et 8.
 10. Additionner le prix d'achat de l'emplacement des projets d'école élémentaire déterminés aux termes de la disposition 7 et les frais de construction des projets d'école élémentaire afin d'obtenir le coût en immobilisations lié à la croissance à l'élémentaire.
 11. Additionner le prix d'achat de l'emplacement des projets d'école secondaire déterminés aux termes de la disposition 8 et les frais de construction des projets d'école secondaire afin d'obtenir le coût en immobilisations lié à la croissance au secondaire.
 12. Multiplier le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance à l'élémentaire par le taux de subvention à l'élémentaire.
 13. Multiplier le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance au secondaire par le taux de subvention au secondaire.
 14. Additionner les produits obtenus aux termes des dispositions 12 et 13.
 15. Additionner le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance à l'élémentaire et le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance au secondaire.
 16. Soustraire la somme obtenue à la disposition 14 de la somme obtenue à la disposition 15 afin d'obtenir le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance.
 17. Si moins de 100 pour cent du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance doit être financé au moyen de redevances d'exploitation relatives à l'éducation, déterminer la part de celui-ci qui sera ainsi financée.
 18. Soustraire la contribution à des fins commerciales déterminée aux termes de la disposition 2 de l'article 4 du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 16, ou de la part de celui-ci déterminée aux termes de la disposition 17, selon le cas.

19. Subtract the amount of any local share that forms part of the adjusted growth-related net education capital cost determined under a prior education development charge by-law and remaining in an education development charges account referred to in subsection 5 (2) at the expiration of the term of the prior by-law from the balance in the account at the expiration of the term of the prior by-law.
20. Subtract the difference obtained under paragraph 19 from the difference obtained under paragraph 18 to obtain the adjusted growth-related net education capital cost.
21. Divide the adjusted growth-related net education capital cost by the net new units to obtain the amount of the education development charge on residential development.
4. A board shall calculate the amount of an education development charge on commercial development, expressed as a percentage of the declared value, according to the following procedures, that shall be applied in order beginning with paragraph 1:
1. Establish a percentage that is greater than zero but does not exceed 40 per cent, that represents the portion of the growth-related net education capital cost determined under paragraph 16 of section 3, or the portion thereof determined under paragraph 17 of section 3, as the case requires, to be financed by the education development charge on commercial development.
 2. Multiply the percentage determined under paragraph 1 by the growth-related net education capital cost determined under paragraph 16 of section 3, or the portion thereof determined under paragraph 17 of section 3, as the case requires, to determine the amount of commercial contribution.
 3. Divide the amount of commercial contribution by the estimated declared value of all building permits to be issued during the term of the education development charge by-law imposing the charge in respect of
19. Soustraire le montant de toute part locale qui fait partie du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance rajusté qui a été déterminé aux termes d'un ancien règlement scolaire prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation et qui demeure dans un compte de redevances d'exploitation relatives à l'éducation visé au paragraphe 5 (2) à l'expiration de la période d'application de l'ancien règlement scolaire du solde figurant dans le compte à l'expiration de la période d'application de l'ancien règlement scolaire.
20. Soustraire la différence obtenue aux termes de la disposition 19 de la différence obtenue aux termes de la disposition 18 afin d'obtenir le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance rajusté.
21. Diviser le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance rajusté par le nombre net de nouveaux logements afin d'obtenir le montant de la redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins résidentielles.
4. Le conseil calcule le montant d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée, conformément aux modalités suivantes, qui s'appliquent dans l'ordre, en commençant par la disposition 1:
1. Établir un pourcentage supérieur à zéro, mais n'excédant pas 40 pour cent, qui représente la part du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 16 de l'article 3, ou la part de ce coût déterminée aux termes de la disposition 17 de l'article 3, selon le cas, qui doit être financée au moyen d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales.
 2. Multiplier le pourcentage déterminé aux termes de la disposition 1 par le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 16 de l'article 3, ou par la part de ce coût déterminée aux termes de la disposition 17 de l'article 3, selon le cas, afin de déterminer le montant de la contribution à des fins commerciales.
 3. Diviser le montant de la contribution à des fins commerciales par la valeur déclarée estimative de tous les permis de construire qui doivent être délivrés pendant la période d'application du règlement

commercial development on land subject to the education development charge imposed by the by-law.

4. Multiply the quotient obtained under paragraph 3 by 100 to obtain the amount of the education development charge on commercial development expressed as a percentage of the declared value.

III. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1993), 13 O.R. (3d) 493

¹⁰ A three-member panel heard the appellants' application for judicial review. McKeown J. (O'Driscoll J. concurring, White J. dissenting) found that EDCs are an indirect tax. White J. (O'Driscoll J. concurring, McKeown J. holding that the issue need not be decided) found that the EDC scheme is constitutionally invalid under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, and that laws in relation to education, including the EDC by-laws, are immune from *Charter* scrutiny.

(i) White J. (dissenting in part)

¹¹ White J. first considered the *Charter* issue and concluded that the opening words of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* immunize a provincial statute relating to education from *Charter* scrutiny, citing *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

¹² White J. then turned to the question of whether the EDC scheme is indirect taxation by the province contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. After referring to Mill's well-known definition of direct and indirect taxation, White J. considered, at p. 519, Professor La Forest's (as he then was) treatise, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), in which it was suggested that while the Mill test is

scolaire prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation qui établit la redevance à l'égard des travaux d'exploitation à des fins commerciales sur le terrain assujéti à la redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée par le règlement scolaire.

4. Multiplier le quotient obtenu aux termes de la disposition 3 par 100 afin d'obtenir le montant de la redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée.

III. Les instances inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1993), 13 O.R. (3d) 493

Une formation de trois juges a entendu la demande de contrôle judiciaire des appelantes. Le juge McKeown (avec l'appui du juge O'Driscoll, le juge White étant dissident) a conclu que la REE est une taxe indirecte. Le juge White (avec l'appui du juge O'Driscoll, le juge McKeown estimant qu'il n'y avait pas lieu de trancher la question) a conclu que le régime des REE est inconstitutionnel au regard de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que les lois relatives à l'éducation, y compris les règlements scolaires prévoyant l'imposition d'une REE, échappent à l'examen fondé sur la *Charte*.

(i) Le juge White (dissident en partie)

Le juge White a d'abord examiné la question de la *Charte* et a conclu que, suivant le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la disposition liminaire de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* met une loi provinciale relative à l'éducation à l'abri de tout examen fondé sur la *Charte*.

Le juge White a ensuite abordé la question de savoir si le régime des REE constitue une taxation indirecte par la province, allant à l'encontre du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Après s'être reporté à la distinction bien connue de Mill entre taxation directe et taxation indirecte, il a cité, à la p. 519, le traité du professeur La Forest (maintenant juge de notre Cour), *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*

the principal approach to interpreting s. 92(2), "there is a continued recognition and periodic application of the 'categories approach'", first enunciated in *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117 (P.C.). White J. noted, at p. 519, Professor La Forest's comment at p. 90 that "[i]t seems clear that any tax which the courts are willing to characterize as a tax on land is always a direct tax". White J. concluded that the EDC scheme is taxation in the province for the purpose of raising revenue for particular educational needs in accordance with s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, for the following reasons at pp. 521-22:

1. The education development charge falls within the category of a tax that courts generally characterize as a direct tax because it is a land tax. Among the reasons for concluding that it is a land tax are the following:
 - (a) The education development charge is imposed on "land undergoing residential and commercial development";
 - (b) The land subject to the education development charge must be within the territorial jurisdiction of a school board, either public or separate, that passes the relevant by-law imposing the charge;
 - (c) The failure to pay an education development charge results in that charge being added to the tax roll of the municipality or board in respect of a specific parcel of land, which parcel of land may be the subject of a forced sale to pay the education development charge just as that parcel of land may be subject to a forced sale if the local rates thereon are not paid.
2. The tax is demanded from the very person who it is intended should pay it
3. The mere likelihood that following the basic rules of economics all costs including land costs incurred in the production of a finished building, be it residential or commercial, will be sought to be recouped from the purchaser of the building cannot convert a tax

(2^e éd. 1981), dans lequel ce dernier préconise que, si le critère de Mill constitue la principale méthode d'interprétation du par. 92(2), [TRADUCTION] «il y a reconnaissance continue et application périodique de la «méthode des catégories»», initialement exposée dans l'arrêt *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117 (C.P.). Le juge White a souligné, à la p. 519, le commentaire du professeur La Forest, à la p. 90, selon lequel [TRADUCTION] «[i]l semble ne faire aucun doute que toute taxe que les tribunaux sont disposés à considérer comme une taxe foncière est invariablement une taxe directe». Il a conclu, aux pp. 521 et 522, que le régime des REE relève de la taxation dans la province en vue de prélever un revenu pour des besoins particuliers en matière d'éducation, conformément au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour les motifs suivants:

[TRADUCTION]

1. La redevance d'exploitation relative à l'éducation entre dans la catégorie de taxes que les tribunaux considèrent généralement comme des taxes directes parce qu'il s'agit d'une taxe foncière, et ce notamment pour les motifs suivants:
 - a) La redevance d'exploitation relative à l'éducation est imposée à l'égard d'un «terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles»;
 - b) Le terrain assujéti à la redevance d'exploitation doit relever de la compétence territoriale du conseil, public ou séparé, qui adopte le règlement scolaire prévoyant l'imposition de la redevance;
 - c) En cas de non-paiement, la redevance d'exploitation relative à l'éducation est ajoutée au rôle de perception de la municipalité ou du conseil à l'égard d'une parcelle de terrain donnée, laquelle parcelle peut faire l'objet d'une vente forcée aux fins de payer la redevance, comme en cas de non-paiement des taxes locales auxquelles elle est assujéti.
2. La taxe est exigée de la personne même qui doit l'assumer. . . .
3. La simple possibilité qu'on puisse, suivant les règles fondamentales d'économie, chercher à recouvrer de l'acheteur d'un bâtiment tous les coûts, y compris les coûts fonciers engagés dans la production du bâtiment fini, qu'il soit résidentiel ou commercial, ne

that, according to its enabling text, appears to be a direct tax into an indirect tax.

4. ... the economic evidence is compatible with the economic effect of the tax being diffused perhaps to some minor degree only among sellers of raw land, intermediate developers as well as home purchasers
5. There is no proper analogy between the education development charge and a customs or excise tax or a commodity tax which, by its very nature, will tend to be passed on intact to the purchaser of the article taxed as an identifiable component of the price paid by the consumer.

... the education development charge is a land tax or a tax on property. It is, in my opinion, a tax on property regardless of who may have a legal interest in the property. The property is the economic thing against which the tax is aimed.

peut avoir pour effet de convertir en taxe indirecte une taxe qui, d'après le texte en prévoyant l'imposition, paraît être une taxe directe.

4. ... la preuve démontre l'effet économique de la taxe, savoir qu'il n'y aurait report peut-être que dans une faible mesure sur les vendeurs de terrains vagues, les promoteurs intermédiaires et les acheteurs de maisons
5. Il n'y a pas d'analogie significative entre la redevance d'exploitation relative à l'éducation et un droit de douane ou d'accise ou une taxe sur les marchandises qui, de par leur nature même, tendront à être retransmis tels quels à l'acheteur de l'article taxé en tant que composante identifiable du prix payé par le consommateur.

... la redevance d'exploitation relative à l'éducation est un impôt foncier ou une taxe sur des biens immeubles. À mon avis, c'est une taxe sur des biens immeubles sans égard au détenteur d'un intérêt reconnu en common law sur ces biens. Les biens immeubles sont l'objet économique visé par la taxe.

13

White J. then considered whether the EDC scheme constitutes a breach of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. He noted that the pre-Confederation law in effect at the time of the enactment of the *Constitution Act, 1867* was the *Scott Act*. Section 20 of the *Scott Act* provided that every separate school was entitled to a share in the annual provincial grant for the support of "common schools", and to a share in all other "public grants, investments and allotments for Common School purposes". The appellants had argued that separate school supporters are entitled to a proportionate share of all public education funds apart from local assessment, pursuant to this provision. The respondents had argued that the Act and the EDC scheme do not prejudicially affect the rights and privileges of separate school supporters, as the legislation permits both separate and public school boards equal access to EDCs. White J. was of the view that the governing precedent was *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, which he commented upon as follows at p. 527:

Le juge White s'est ensuite demandé si le régime des REE constitue une atteinte à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a fait observer que la loi en vigueur au moment de l'édictation de la *Loi constitutionnelle de 1867* était la *Loi Scott*. L'article 20 de cette dernière loi prévoyait que les écoles séparées avaient droit à une part des fonds octroyés annuellement par la province pour le soutien des «écoles communes», ainsi qu'à une part de tous les autres «octrois publics, placements et allocations [. . .] pour les fins d'écoles communes». Les appelantes ont fait valoir que les contribuables des écoles séparées ont droit, en vertu de cette disposition, à une part proportionnelle de tous les fonds publics affectés à l'éducation, indépendamment des cotisations locales. Les intimés ont soutenu que la Loi et le régime des REE ne portent pas atteinte aux droits et privilèges des contribuables des écoles séparées, étant donné que le texte législatif accorde aux conseils des écoles séparées et aux conseils des écoles publiques un accès égal aux REE. Le juge White s'est dit d'avis que le précédent applicable était l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, qu'il a commenté dans les termes suivants, à la p. 527:

I interpret this case as standing for the proposition that goodwill and benign treatment on the part of the school administration of the Ministry of Education to a separate school board is not enough. An ironclad explicit statutory protection is required in the legislation creating a new tax imposition or in parallel legislation applying to the new tax imposition. I regard the *Greater Hull* case as also standing for the proposition that the absence of an explicit safeguard is fatal to the scheme of the system and the provisions relating to the whole system. The absence of such an explicit safeguard undermines the system in both its collection phase and its payout phase as being constitutionally invalid in contemplation of s. 93(1).

White J. found, at p. 527, that the Act and the EDC scheme do not “establish any relation at all proportionate or otherwise between what a separate school board claims as an education development charge and what a public school board receives as an education development charge”. He concluded, at pp. 527-28, that the EDC scheme failed “to provide explicitly that education development charges be shared in like manner or proportionately as between public and separate schools”. Further, he rejected, at p. 528, the respondents’ assertion that s. 122 of the *Education Act* can be read with the provisions of the Act establishing the EDC scheme so as to “result in the deduction that separate and public school boards will be treated ‘in like manner’ in respect of education development charges”. Accordingly, White J. held that Part III of the Act and its regulations were invalid as violating s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*.

(ii) McKeown J.

McKeown J. first reviewed the evidence that EDCs are passed on and ultimately borne by home purchasers, as a cost factored into the price of a new house. He noted that this evidence was consistent with the “user pay philosophy” behind the EDC scheme.

[TRADUCTION] J’interprète ce précédent comme appuyant la proposition qu’il ne suffit pas que les autorités chargées de l’administration des écoles au ministère de l’Éducation fassent preuve de bonne volonté et de bienveillance envers un conseil d’écoles séparées. La loi portant imposition d’une nouvelle taxe, ou tout texte législatif s’y rapportant, doit comporter une protection explicite à toute épreuve. L’arrêt *Greater Hull* appuie également à mon avis la proposition que l’absence d’une protection explicite est fatale au mécanisme du régime et à l’ensemble de ses dispositions. L’absence d’une telle protection explicite sape le régime tant au stade de la perception qu’à celui des versements en raison de son inconstitutionnalité au regard du par. 93(1).

Le juge White a estimé, à la p. 527, que la Loi et le régime des REE [TRADUCTION] «n’établissent aucune relation proportionnelle ou autre entre ce qu’un conseil d’écoles séparées réclame à titre de redevance d’exploitation relative à l’éducation et ce qu’un conseil d’écoles publiques reçoit au même titre». Il a conclu, aux pp. 527 et 528, que le régime des REE [TRADUCTION] «ne prévoyait pas explicitement la répartition égale ou proportionnelle des redevances d’exploitation relatives à l’éducation entre les écoles publiques et les écoles séparées». De plus, il a rejeté, à la p. 528, l’affirmation des intimés selon laquelle il est possible de rapprocher l’art. 122 de la *Loi sur l’éducation* et les dispositions de la loi établissant le régime des REE de façon à [TRADUCTION] «pouvoir déduire que les conseils des écoles séparées et publiques seront traités «de la même façon» au chapitre des redevances d’exploitation relatives à l’éducation». En conséquence, le juge White a conclu que la partie III de la Loi ainsi que son règlement d’application étaient invalides parce qu’ils contrevenaient au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(ii) Le juge McKeown

Le juge McKeown a d’abord examiné la preuve selon laquelle il y a eu en dernière analyse report de la REE sur les acheteurs, en tant que coût entrant dans le prix d’une nouvelle maison. Il a souligné que cette preuve était compatible avec la «philosophie de l’utilisateur-payeur» qui sous-tend le régime des REE.

15

McKeown J. then considered whether EDCs should be viewed as charges or taxes. He noted, at p. 505, that if they were “a charge imposed to defray specific capital education expenditures rather than a tax within the meaning of s. 92(2), then a school board possesses the power within its jurisdiction to pass by-laws imposing such charges” (see *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780 (P.C.)). McKeown J. concluded as follows at pp. 507-8:

Revenue raised under the scheme of the *Development Charges Act* for the construction of schools is closer in nature to money raised to build other essential municipal buildings. While this charge may not be imposed to “raise revenue for general purposes” as conventionally understood, it is much closer in nature to a tax for raising revenue than it is to a charge to defray costs. Neither the municipality nor the school boards have any discretion over the use of these funds. These monies can only be used for capital expenditures approved by the Minister of Education pursuant to his authority under the *Education Act*. Although the charge is attached to the cost of purchasing a building permit, that appears to be for administrative convenience rather than any real connection to the construction of a house.

Accordingly, we find that an education development charge is a tax for the purpose of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*.

16

McKeown J. then turned to the incidence of EDCs. He noted that *Fairbanks, supra*, (relied on by White J.) did not apply Mill’s test to taxes already categorized in 1867, for example, property and income taxes. McKeown J. stated that although he did not accept *Fairbanks* as the law, he would nevertheless determine whether EDCs could be defined as property taxes. He summarized the indicia of a property tax as follows, at p. 510: “the tax must be based on the value of the property . . . [T]he property must be assessed without

Le juge McKeown a ensuite examiné la question de savoir si la REE devait être considérée comme une redevance ou comme une taxe. Il a fait observer, à la p. 505, que s’il s’agit d’une [TRADUCTION] «redevance imposée pour couvrir des dépenses en immobilisations précises liées à l’éducation plutôt qu’une taxe au sens du par. 92(2), le conseil scolaire possède alors le pouvoir, dans le territoire de sa compétence, d’adopter des règlements prévoyant l’imposition de telles redevances» (voir *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780 (C.P.)). Il a conclu, aux pp. 507 et 508:

[TRADUCTION] Les recettes perçues sous le régime de la *Loi sur les redevances d’exploitation* pour la construction d’écoles s’apparentent par leur nature aux sommes perçues pour la construction d’autres bâtiments municipaux essentiels. Bien que ces redevances ne puissent être imposées en vue de «prélever un revenu à des fins générales», au sens où on l’entend normalement, elles se rapprochent par nature beaucoup plus d’une taxe imposée en vue de prélever un revenu qu’en vue de couvrir des frais. Ni la municipalité ni les conseils scolaires n’ont de pouvoir discrétionnaire quant à l’usage de ces fonds. Les sommes ne peuvent être utilisées qu’aux fins des dépenses en immobilisations approuvées par le ministre de l’Éducation en vertu du pouvoir que lui confère la *Loi sur l’éducation*. Bien que la redevance s’attache à l’achat d’un permis de construire, il semble que ce soit pour des raisons de commodité administrative plutôt qu’à cause d’un lien véritable avec la construction d’une maison.

Par conséquent, nous concluons que la redevance d’exploitation relative à l’éducation est une taxe aux fins du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge McKeown a ensuite abordé la question de l’incidence de la REE. Il a fait remarquer que dans l’arrêt *Fairbanks*, précité, (invoqué par le juge White), le critère de Mill n’avait pas été appliqué aux taxes qui avaient déjà été classées dans une catégorie en 1867, telles les taxes foncières et l’impôt sur le revenu. Il a dit que même si l’arrêt *Fairbanks* ne constitue pas à son avis le droit applicable, il fallait néanmoins décider si la REE pouvait être définie comme une taxe foncière. Il a résumé ainsi, à la p. 510, les indices permettant de conclure à la taxe foncière: [TRADUCTION] «la

regard to exploration, production or any transactions". McKeown J. stated at p. 510 that:

The form of the words used in s. 30 of the *Development Charges Act*, "land undergoing development", cannot change the real purpose of the tax which is a tax directed at the ultimate purchaser of a building or edifice. It cannot be a property tax just because the municipality has the same collection rights against the property when the education development charge is not paid as it has against arrears in property taxes. Thus this is not a property tax.

McKeown J., at p. 510, characterized EDCs as "an indirect tax on a product, *i.e.*, the building of homes or offices or factories. It is a tax for the purpose of building schools". He concluded at p. 516 that:

When one looks at the general tendency of the education development charges, in my view, the fact that in exceptional cases the tax may not be passed on does not matter. As Professor Fallis said, in 80 to 90 per cent of the cases, the education development charges will be passed on. This tax is not recouped by the taxpayer by more or less circuitous operation of economic forces. The education development charge clings to the product going to market in much the same way as a manufacturer's sales tax does. The key is whether it relates to trading transactions. The education development charge is a tax on land undergoing development, not on the land underlying the development. The *Development Charges Act* does not purport to tax the final consumer. Accordingly, this is not direct taxation within the province.

As I am of the view that the education development charge is indirect taxation contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, it is not necessary to determine the other issues relating to s. 93 of the *Constitution Act, 1867* or ss. 2(a) and 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

(iii) O'Driscoll J.

O'Driscoll J. agreed, for the reasons given by McKeown J. that the EDCs impose indirect tax-

taxe doit être fondée sur la valeur du bien-fonds [...] [c]elui-ci doit être évalué sans égard aux travaux d'exploration, à la production ou à toute opération». Il a ajouté, à la p. 510:

[TRADUCTION] L'expression utilisée à l'art. 30 de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, savoir «terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation», ne saurait avoir pour effet de changer l'objet véritable de la taxe, savoir une taxe destinée à l'acheteur ultime d'un bâtiment ou édifice. Il ne peut s'agir d'une taxe foncière du seul fait que la municipalité a, sur le bien-fonds, les mêmes droits de perception en cas de non-paiement de la redevance d'exploitation relative à l'éducation qu'en matière d'arrérages d'impôts fonciers. Il ne s'agit donc pas d'une taxe foncière.

Le juge McKeown, à la p. 510, a qualifié la REE de [TRADUCTION] «taxe indirecte sur un produit, savoir la construction de maisons, de bureaux ou d'usines. C'est une taxe aux fins de la construction d'écoles». Il a conclu, à la p. 516:

[TRADUCTION] Si l'on considère la tendance générale en ce qui concerne la redevance d'exploitation relative à l'éducation, le fait que la taxe puisse, dans des cas exceptionnels, ne pas être répercutée sur autrui n'est à mon avis pas pertinent. Comme l'a dit le professeur Fallis, dans 80 à 90 pour 100 des cas, il y aura retransmission de la redevance d'exploitation relative à l'éducation. Cette taxe n'est pas récupérée par le contribuable par le jeu plus ou moins détourné des forces économiques. La redevance d'exploitation relative à l'éducation s'attache au produit mis en marché de façon très semblable à la taxe de vente du fabricant. La question clé est de savoir si elle est liée à une opération commerciale. La redevance d'exploitation relative à l'éducation est une taxe sur un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation et non sur le terrain à la base de l'exploitation. La *Loi sur les redevances d'exploitation* ne vise pas à taxer le consommateur final. Il ne s'agit donc pas de taxation directe dans les limites de la province.

Étant d'avis que la redevance d'exploitation relative à l'éducation est une taxe indirecte qui va à l'encontre du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'est pas nécessaire de trancher les autres questions liées à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou encore à l'al. 2a) et à l'art. 15 de la *Charte des droits et libertés*.

(iii) Le juge O'Driscoll

Le juge O'Driscoll convient, pour les motifs avancés par le juge McKeown, que la REE relève

tion contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. For the reasons given by White J., O'Driscoll J. agreed at p. 528 that the EDC by-laws "fail to guarantee proportionality ('in like manner') as between public school supporters and separate school supporters as demanded by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*". Finally, on the *Charter* issue, O'Driscoll J. agreed with White J. that provincial statutes relating to education are immune from *Charter* scrutiny.

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 17 O.R. (3d) 103

de la taxation indirecte et est contraire au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour les motifs exposés par le juge White, il reconnaît, à la p. 528, que les règlements scolaires prévoyant l'imposition de la REE [TRADUCTION] «omettent de garantir la proportionnalité («de la même façon») entre les contribuables des écoles publiques et ceux des écoles séparées comme l'exige l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*». Enfin, sur la question de la *Charte*, il souscrit à l'opinion du juge White selon laquelle les lois provinciales en matière d'éducation échappent à tout examen en vertu de la *Charte*.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1994), 17 O.R. (3d) 103

18

Carthy J.A. (McKinlay and Goodman J.J.A. concurring) first dealt with the issue of standing. He found that the respondents (the appellants in the appeal before this Court) had standing to argue that the legislation in question amounted to unconstitutional indirect taxation. He noted that two of the respondents would face EDCs they should not have to pay if the EDC scheme were beyond provincial powers. With respect to the respondents' standing to argue the s. 93 proportionality issue, Carthy J.A. commented at p. 107 that the respondents' "sole interest is in the EDC and their obligation to pay it". After reviewing the relevant principles, as articulated in *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, he concluded as follows, at pp. 108-9, with respect to standing:

The seriousness of the issue is obvious. The direct interest of the respondents is another question. Their interest is in not paying the EDC, but they have no direct interest in proportional allocation of funds to separate schools. Even less do they have an interest in the overall funding model which, in my view, is the subject which must be addressed to determine constitutionality. Their selective interest indicates why they should not have been granted status on a broad issue. Finally, there most certainly is another available means of bringing the issue to court. For one example, the York Region Roman Catholic School Board could have done so in

Le juge Carthy (avec l'appui des juges McKinlay et Goodman) a d'abord examiné la question de la qualité pour agir. Il a estimé que les intimées (appelantes devant notre Cour) avaient la qualité voulue pour soutenir que les dispositions législatives en cause équivalaient à une taxation indirecte inconstitutionnelle. Il a souligné que deux des intimées auraient à assumer des REE auxquelles elles ne seraient pas tenues si le régime des REE excédait les pouvoirs des provinces. En ce qui concerne la qualité des intimées pour débattre de la question de la proportionnalité au regard de l'art. 93, le juge Carthy a fait remarquer, à la p. 107, que leur [TRADUCTION] «seul intérêt est la REE et leur assujettissement à cette redevance». Après examen des principes applicables, énoncés dans l'arrêt *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, il a conclu en ces termes, aux pp. 108 et 109, au sujet de la qualité pour agir:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le point soulevé est sérieux. Quant à l'intérêt direct des intimées, c'est une autre question. Le seul intérêt qu'elles ont est de ne pas payer la REE, mais elles n'ont pas d'intérêt direct quant à la répartition proportionnelle des fonds aux écoles séparées. Elles ont encore moins d'intérêt dans le régime global de financement, dont l'examen s'impose à mon avis pour juger de la constitutionnalité. Vu le caractère sélectif de leur intérêt, la qualité pour agir n'aurait pas dû leur être reconnue sur une question générale. Enfin, il existe assurément un autre moyen de soumettre la question aux tribunaux. Par exemple, le

these very proceedings had it decided not to defend the constitutionality of the funding scheme.

For these reasons I would overrule the Divisional Court's grant of status to the respondents to argue the s. 93(1) issue. If the judgment quashing the by-laws is to be sustained, it must be on the division of powers argument.

After reviewing s. 92, Carthy J.A. noted at p. 109 that EDCs "are only a part of an overall education funding package". He stated that EDCs are an element of the planning process, replacing lot levies as a condition of subdivision approval under the *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13. Carthy J.A. stated that EDCs are imposed on land based on the number of housing units to be produced or based on the value of commercial buildings. While the charges are payable at the building permit stage, Carthy J.A. remarked at p. 109, that "[i]n many cases homes will be pre-sold at this stage, suggesting the likelihood that the charges will be passed on as part of the price of the lot and building". He also found it significant that the funds raised by the EDCs are placed in a bank account in the names of both school boards and can only be paid out to fund school construction approved by the Minister of Education. Carthy J.A. commented at pp. 109-10 as follows:

Thus, while the charge may be characterized as indirect because it tends to cling to the housing commodity being developed, its purpose and application is specific to the provision of schools and cannot be a source of general revenue for the school board or the province.

Carthy J.A. then referred to *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, which was released while the instant appeal was under reserve to the Court of Appeal. Carthy J.A. was of the view that the reasoning in *Allard* was particularly apposite to the issues at hand. *Allard* involved the regulation of gravel pits by local

conseil d'écoles catholiques de la région de York aurait pu le faire en l'espèce s'il avait décidé de ne pas défendre la constitutionnalité du régime de financement.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'infirmier la décision de la Cour divisionnaire d'accorder aux intimées la qualité pour débattre de la question relative au par. 93(1). Le seul argument permettant de confirmer le jugement qui annule le règlement scolaire serait donc celui du partage des pouvoirs.

Après avoir examiné l'art. 92, le juge Carthy a fait observer, à la p. 109, que les REE [TRADUCTION] «ne sont qu'une partie d'un ensemble de mesures de financement de l'éducation». Les REE, a-t-il dit, sont un élément du processus d'aménagement du territoire, remplaçant l'impôt sur les lotissements comme condition de l'approbation d'un lotissement sous le régime de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, ch. P.13. Ces redevances sont imposées sur les terrains en fonction du nombre de logements devant être construits ou de la valeur des bâtiments commerciaux. Bien que les redevances soient payables au stade de la délivrance du permis de construire, le juge Carthy a fait remarquer, à la p. 109, que [TRADUCTION] «[d]ans de nombreux cas, les maisons seront vendues d'avance à ce stade, d'où la probabilité que la redevance soit répercutée sur le prix du terrain et du bâtiment». Il a également considéré important le fait que les fonds générés par les REE sont placés dans un compte bancaire au nom des deux conseils scolaires et ne peuvent en être retirés que pour financer la construction d'une école approuvée par le ministre de l'Éducation. Il a fait le commentaire suivant, aux pp. 109 et 110:

[TRADUCTION] Ainsi, bien que la redevance puisse être considérée comme indirecte parce qu'elle tend à s'attacher au logement en voie de réalisation, son objet et son application sont spécifiques à la fourniture d'écoles, et elle ne peut constituer une source de revenu général pour le conseil scolaire ou la province.

Le juge Carthy s'est ensuite reporté à l'arrêt *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, rendu au moment où le présent pourvoi était pris en délibéré à la Cour d'appel. Il s'est dit d'avis que le raisonnement suivi dans cet arrêt était particulièrement pertinent relativement aux questions soumises en l'espèce. Cette

council by-laws under the British Columbia *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290. Municipalities issued permits for the removal of gravel, and charged an annual fee based upon the estimated amount of gravel to be removed from a site. The annual fee was not fixed, but varied according to the volume of gravel extracted. The by-laws were attacked as *ultra vires* provincial powers as granted by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. This Court, applying Mill's test, held that as the charge attached to a commodity in the course of production, the general tendency would be for the charge to be passed on to the consumer. Carthy J.A., at pp. 110-11, applied this reasoning with respect to the incidence of the EDCs:

In my view, the same reasoning applies to the EDCs. They are imposed on land and some authorities could be called forth to say they are, on that account, direct taxes. Yet, the reality is that the charges are imposed as a fee for constructing buildings for sale. The amount charged relates to the number of units, or value in the case of commercial development, and common sense therefore says that the tendency will be to pass the cost along.

I, therefore, have no hesitation in concluding on the basis of the reasoning in *Allard*, that the EDCs are also indirect charges within the meaning of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

21

Carthy J.A. then turned to the issue of whether EDCs, as indirect taxation, could be justified under ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, as the gravel fees in *Allard* had been justified. He noted the concern expressed in *Allard* that if these subsections are applied too generously in favour of the provinces, the s. 92(2) restriction may become meaningless. Carthy J.A., at p. 111, quoted this Court's description in *Allard* (at p. 402) of the nature of the provincial power that flows from ss. 92(9), (13) and (16):

In the above cases, decided either by this Court or the Privy Council, one can discern a consistent treatment of

affaire mettait en cause la réglementation des gravières au moyen de règlements municipaux adoptés en vertu de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, de la Colombie-Britannique. Les municipalités délivraient des permis d'extraction du gravier, sur paiement d'un droit annuel basé sur le volume estimé de gravier devant être retiré d'un emplacement. Le droit annuel n'était pas fixe mais variait en fonction du volume de gravier extrait. Les règlements ont été contestés comme excédant les pouvoirs conférés aux provinces par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Notre Cour, appliquant le critère de Mill, a conclu que, étant donné que la redevance s'attachait à un bien en cours de production, la tendance générale était de la reporter sur le consommateur. Le juge Carthy a appliqué ce raisonnement en ce qui a trait à l'incidence de la REE (aux pp. 110 et 111):

[TRADUCTION] À mon avis, le même raisonnement s'applique à la REE. Celle-ci est imposée sur des terrains et, si l'on s'en tient à certains arrêts et ouvrages, elle constitue une taxe directe. En réalité toutefois, la redevance est imposée au titre d'un droit sur la construction de bâtiments destinés à la vente. La somme exigée est liée au nombre d'unités, ou à la valeur dans le cas de travaux d'exploitation à des fins commerciales. Or le sens commun nous dit que la tendance générale sera de reporter sur autrui le coût de cette redevance.

Je n'ai donc aucune hésitation à conclure, sur le fondement de l'arrêt *Allard*, que la REE est également une redevance indirecte au sens de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge Carthy a abordé ensuite la question de savoir si la REE, en tant que taxe indirecte, était justifiée au regard des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme l'étaient les droits sur le gravier dans l'arrêt *Allard*. Il a souligné la préoccupation évoquée dans cet arrêt, savoir le risque qu'une interprétation trop généreuse de ces paragraphes en faveur des provinces prive de tout sens la restriction du par. 92(2). Il a cité, à la p. 111, le passage suivant de l'arrêt *Allard* où notre Cour décrit (à la p. 402) la nature du pouvoir provincial découlant des par. 92(9), (13) et (16):

Dans les arrêts mentionnés, rendus par notre Cour ou le Conseil privé, on constate que le par. 92(9) de la *Loi*

the scope of s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Although somewhat broad language was used by Lord Atkin in *Shannon, supra*, it appears generally true that s. 92(9), in combination with ss. 92(13) and (16), comprehends a power of regulation through licences. It is a power which is not confined to the requirement of direct taxation in s. 92(2). However, in so far as it comprehends indirect taxation, these cases — either explicitly or upon their facts — have limited the power of indirect taxation such that it can only be used to defray the costs of regulation.

Carthy J.A., also quoted the test set out in *Allard* at p. 405, as follows: “can the variable fees be supported as ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme?” Carthy J.A. found, at p. 112, that the explicit purpose of the EDCs is to raise funds for school construction necessitated by new urban development, and that “[t]he charges are thus most certainly ancillary or adhesive to the production of new schools”. He noted that there would be no excessive recovery under the scheme, as the amount charged is based on specific cost estimates, and only funds sufficient to meet actual costs are released. Carthy J.A., at p. 113, concluded as follows:

Ours is a much easier case than *Allard* for finding that a regulatory scheme exists. The province administers and regulates land development. It exercises those powers through a variety of statutes. It recognizes that new development produces a need for new schools and that there may be inequity in visiting these costs on existing home-owners. It has already delegated to the school boards the responsibility for new school construction and now delegates to them the power to decide which of two sources, EDCs or local assessment, shall provide the funding. The municipality is obligated to collect the funds, regardless of source, and the province retains supervisory control over expenditure. That is surely a description of a regulatory scheme of land development and provision of associated educational facilities. The licensing body is the municipality issuing the building permit, and a condition of the issuance is payment of a charge which is specifically calculated to meet one cost

constitutionnelle de 1867 a reçu une interprétation uniforme. Bien que lord Atkin ait utilisé des termes assez généraux dans l'arrêt *Shannon*, précité, il semble généralement juste de dire que le par. 92(9), de concert avec les par. 92(13) et (16), englobe un pouvoir de réglementation par permis. C'est un pouvoir qui n'est pas restreint par l'exigence en matière de taxation directe visée au par. 92(2). Toutefois, dans la mesure où ils portent sur la taxation indirecte, ces arrêts ont, d'une façon explicite ou à partir des faits, limité l'application du pouvoir de taxation indirecte à la seule fin du financement d'un régime de réglementation.

Le juge Carthy a également repris le critère formulé en ces termes dans l'arrêt *Allard* à la p. 405: «les frais variables peuvent-ils être justifiés parce qu'ils sont accessoires ou rattachés à un régime de réglementation provincial valide?» Il a affirmé, à la p. 112, que la REE avait explicitement pour objet de recueillir des fonds aux fins de la construction d'écoles rendues nécessaires par les nouveaux aménagements urbains, et que [TRADUCTION] «[l]es redevances sont donc très certainement accessoires ou rattachées à la construction de nouvelles écoles». Il a souligné qu'il n'y aurait pas recouvrement excessif en vertu du régime, étant donné que le montant exigé est basé sur une estimation précise des coûts et que seuls les fonds nécessaires pour couvrir les coûts réels sont libérés. Il a conclu, à la p. 113:

[TRADUCTION] Il est beaucoup plus facile de conclure à l'existence d'un régime de réglementation en l'espèce que dans l'affaire *Allard*. La province gère et réglemente l'aménagement du territoire. Elle exerce ces pouvoirs grâce à diverses lois. Elle reconnaît que les nouveaux aménagements créent le besoin de nouvelles écoles et qu'il peut s'avérer inéquitable d'imposer ces coûts aux propriétaires existants. Elle a déjà délégué aux conseils scolaires la responsabilité de la construction des nouvelles écoles et elle leur délègue maintenant le pouvoir de décider laquelle parmi deux sources — la REE ou les cotisations locales — fournira le financement. La municipalité est obligée de percevoir les fonds, sans égard à la source, et la province conserve un pouvoir de surveillance sur les dépenses. Il s'agit certainement là de la définition d'un régime de réglementation de l'aménagement du territoire et de la fourniture des installations d'enseignement afférentes. L'organisme de réglementation est la municipalité qui délivre le permis de construire, et la délivrance de ce permis est subordonnée au paiement d'une redevance expressément calculée pour

which will inevitably flow from construction under the permit.

In my view, this is a model for compliance with s. 92 of the *Constitution Act, 1867* and does not in the slightest way impinge upon the integrity of s. 92(2). It is an indirect tax that is "ancillary or adhesive" to a regulatory scheme clearly falling within provincial responsibility, and is justifiable under one or more of s. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. To me the overall constitutionality of this scheme is so clear that I find it unnecessary to consider each of those subsections individually.

IV. Issues

1. Do the appellants have standing to raise the issues in questions 2(i) and 3?
2. Is Part III of the *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9, which authorizes public and separate school boards to impose education development charges, *ultra vires* the Legislature of Ontario in that it:
 - (i) authorizes the imposition of an indirect tax contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*; or
 - (ii) prejudicially affects a right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons have by law in the province at the union contrary to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?
3. (i) Is Part III of the Act contrary to ss. 2(a) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 - (ii) If the answer to question 2(i) is affirmative, is Part III of the Act saved by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit, prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

V. Analysis

A. *Historical and Current Legislative Context of Education Financing*

couvrir un coût qui découlera inévitablement de la construction autorisée par le permis.

À mon avis, ce régime est un modèle de conformité à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et il ne porte en rien atteinte à l'intégrité du par. 92(2). Il s'agit d'une taxe indirecte «accessoire ou rattachée» à un régime de réglementation relevant manifestement de la responsabilité provinciale, et qui se justifie au regard de l'un quelconque des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La constitutionnalité globale de ce régime m'apparaît si manifeste que j'estime inutile d'examiner séparément chacun de ces paragraphes.

IV. Les questions en litige

1. Les appelantes ont-elles la qualité nécessaire pour soulever les questions 2(i) et 3?
2. La partie III de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9, qui autorise les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées à imposer des redevances d'exploitation relatives à l'éducation, excède-t-elle la compétence de la législature de l'Ontario en ce qu'elle:
 - (i) autorise l'imposition d'une taxe indirecte, en contravention du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou
 - (ii) porte atteinte 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, en contravention du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. (i) La partie III de la Loi contrevient-elle à l'al. 2a) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 - (ii) Si la réponse à la question 2(i) est affirmative, la partie III de la Loi est-elle sauvegardée par l'article premier de la *Charte* à titre de limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

V. Analyse

A. *Contexte historique et actuel des lois en matière de financement de l'éducation*

It is important to consider both the historical and legislative context within which the EDC scheme is situated in order to resolve the issues at hand. At the time of Confederation, responsibility for the financing of education was shared by the state, local authorities, and parents of pupils. From expert evidence in the record, apparently schools were historically supported through five sources of revenue: provincial and municipal grant revenue, local taxation, rates (i.e., fees charged to property owners), parental support for items like textbooks, and voluntary subscriptions. Currently, grants and taxation based on local assessment, apart from EDCs, constitute the major sources of school revenues.

Generally, in 1867, the operating expenses of school boards were funded both locally and through provincial grants. By contrast, the capital expenditures of school boards were in large part financed only locally, with provincial grants for capital expenditures being made only in rare and unusual circumstances. Today, capital expenditures are financed both provincially, through capital grants, and locally, through rates on property. EDCs are imposed on designated land undergoing development without regard to the school support of the land owner. As well, rates can be used for operating and capital expenses, while EDCs can only be used to fund the local share of approved capital expenditures required by the new development.

Historically, one-half of a teacher's salary was paid to both public and separate school boards by way of equal per-pupil grants. This was sometimes referred to as proportionality between public and separate school boards. However, this approach resulted in unequal funding as between urban and rural boards, owing to the differences in local assessment wealth. Accordingly, the province of

Pour résoudre les questions soumises en l'espèce, il importe d'examiner le contexte à la fois historique et législatif dans lequel s'inscrit le régime des REE. À l'époque de la Confédération, la responsabilité du financement de l'éducation était partagée entre l'État, les autorités locales et les parents des élèves. Il appert de la preuve d'experts au dossier que le financement des écoles émanait, historiquement, de cinq sources: les subventions provinciales et municipales, la taxation locale, les cotisations (c.-à-d. les droits perçus des propriétaires fonciers), la contribution des parents à l'achat d'articles tels les livres de classe, et les souscriptions volontaires. À l'heure actuelle, les subventions et l'imposition fondée sur l'évaluation locale constituent, la REE mise à part, les grandes sources de revenus pour les écoles.

De façon générale, en 1867, les dépenses de fonctionnement des conseils scolaires étaient financées à la fois localement et par le biais de subventions provinciales. En revanche, leurs dépenses en immobilisations n'étaient en grande partie financées que localement, la province ne versant des subventions à cet égard que dans des circonstances rares et exceptionnelles. Aujourd'hui, les dépenses en immobilisations sont financées à la fois au niveau provincial, par le versement de subventions pour immobilisations, et à l'échelon local, par l'impôt foncier. Les REE sont imposées à l'égard de terrains désignés faisant l'objet de travaux d'exploitation, sans égard à l'école à laquelle contribue le propriétaire foncier. De même, les cotisations peuvent servir à des dépenses de fonctionnement et des dépenses en immobilisations, alors que les REE ne peuvent servir qu'à financer la part locale des dépenses en immobilisations approuvées que nécessitent les nouveaux travaux d'exploitation.

Historiquement, tant pour les conseils d'écoles publiques que pour les conseils d'écoles séparées, le salaire d'un enseignant était payé pour moitié par des subventions identiques établies en fonction du nombre d'élèves. Ce régime, parfois appelé celui de la proportionnalité entre conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées, a toutefois conduit à une inégalité de financement entre les conseils

22

23

24

Ontario moved toward a new funding scheme that emphasized equality of educational opportunity which looks to educational needs or requirements for the students involved, rather than simple equality in terms of financing. Today, those school boards with a richer assessment base, whether public or separate, receive a smaller provincial grant. This funding system strives to yield equitable financial resources for equal tax effort on a per-pupil basis and flows from s. 122 of the *Education Act*, which states that "Every separate school shall share in the legislative grants in like manner as a public school". Different boards, whether public or separate, receive different sized grants; however, the size of the grant is calculated "in like manner" for a separate school board as for a public school board, that is, according to need.

urbains et ruraux, imputable aux différences dans la richesse de l'assiette locale. Aussi la province d'Ontario s'est-elle tournée vers un nouveau régime qui privilégiait l'égalité des chances en matière d'éducation et s'attachait aux besoins ou aux exigences des élèves concernés, plutôt qu'à la simple égalité en termes de financement. De nos jours, les conseils d'école qui bénéficient d'une assiette foncière plus riche, qu'ils soient publics ou séparés, reçoivent une subvention provinciale moindre. Ce régime de financement vise à répartir équitablement les ressources financières en fonction d'un effort fiscal égal par élève, et il découle de l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*, qui dispose que «[l]es écoles séparées doivent recevoir une part des subventions générales de la même façon que les écoles publiques». Des conseils différents, que ce soit d'écoles publiques ou d'écoles séparées, reçoivent donc des subventions différentes; cependant, le montant de la subvention est calculé «de la même façon» pour un conseil séparé que pour un conseil public, c'est-à-dire en fonction des besoins.

25

A school board has the authority to build a school on its own without ministerial approval or funding (*Education Act*, s. 170, paras. 6, 7; s. 171(1), para. 7; s. 195). However, if provincial grants are sought, the approval of the Minister is required. Provincial capital allocations, as discussed above, are based on need. This criterion applies equally and "in like manner" to both public and separate school boards. The amount of grant is determined pursuant to s. 51 of the GLG Regulation, on the basis of equalized assessment, adjusting grants according to the relative assessment wealth of a school board, whether public or separate. For example, the York Region Board of Education's provincial grant percentage of total capital costs was 33 percent in 1990 and 26 percent in 1991. The York Region Roman Catholic Separate School Board's provincial capital grant percentage of total capital costs was 82.7 percent for elementary schools, and 74.5 percent for secondary

Les conseils scolaires ont le pouvoir de construire une école de leur propre chef, sans approbation ou financement ministériel (*Loi sur l'éducation*, art. 170, al. 6 et 7, par. 171(1), al. 7, et art. 195). Toutefois, l'approbation du ministre est requise s'il y a demande de subventions provinciales. Comme nous l'avons vu précédemment, la répartition des subventions provinciales est fondée sur les besoins. Ce critère s'applique également et «de la même façon» aux conseils d'écoles publiques et aux conseils d'écoles séparées. Le montant de la subvention est fixé conformément à l'art. 51 du Règlement GLG, après péréquation, les subventions étant rajustées selon la valeur relative de l'assiette du conseil scolaire, qu'il s'agisse d'un conseil d'écoles publiques ou d'écoles séparées. Ainsi, la subvention provinciale versée au conseil scolaire de la région de York était, en pourcentage de l'ensemble des coûts en immobilisations, de 33 pour 100 en 1990 et de 26 pour 100 en 1991. Pour le conseil d'écoles catholiques séparées de York, ce taux était, en 1990, de 82,7 pour 100 pour les écoles élémentaires, et de 74,5 pour 100 pour les

schools in 1990, and 67.4 percent and 60.5 percent, respectively in 1991.

It is interesting to note that before 1945 the cost of building schools was borne almost entirely through local rates. In 1945, the province began to pay 50 percent grants toward capital costs. By 1958, these grants were being made on an "equalized" basis, taking into account the assessment wealth of each board. The percentage of provincial grant increased to 75 percent, on average, although some boards received up to 90 percent and some boards received nothing. In 1989, while the average percentage of provincial grants for capital projects had dropped to 60 percent, the total amount of provincial grants needed to cover capital education costs in Ontario had grown because of an increasing school population.

With respect to the legislative context, the EDC scheme is, as noted above, set out in Part III of the Act. Part I of this Act authorizes municipalities to impose development charges in order to defray capital costs necessitated by municipal infrastructure for new development. This infrastructure includes water mains, sewers, roads, libraries, parks and recreational facilities. Before the enactment of this legislation, municipalities financed infrastructure solely through the imposition of lot levies. However, the Act recognizes the principle that "new development should pay its own way", and should not impose further tax burdens on existing residents. The provision of adequate school facilities in a given residential development is an integral element of urban planning.

This is reflected in the *Planning Act* which explicitly states that the "adequate provision and distribution of educational . . . facilities" and the "adequacy of school sites" are important considerations that must be factored into land use plans (ss. 2(i), 51(24)(a) and (j), as am. by S.O. 1994, c. 23, ss. 5, 30). EDCs play a significant role in

écoles secondaires, et de 67,4 pour 100 et 60,5 pour 100, respectivement, en 1991.

Il est intéressant d'observer qu'avant 1945 le coût de construction des écoles était financé presque entièrement par les taxes locales. En 1945, la province a commencé à payer 50 pour 100 des coûts en immobilisations sous forme de subventions. En 1958, ces subventions étaient établies suivant une «péréquation» tenant compte de la valeur de l'assiette foncière de chaque conseil. La part de la subvention provinciale a atteint 75 pour 100, en moyenne, certains conseils recevant jusqu'à 90 pour 100 et d'autres ne recevant rien. En 1989, alors que le pourcentage moyen des subventions provinciales pour les projets en immobilisations avait chuté à 60 pour 100, le montant total des subventions provinciales requises pour financer les coûts en immobilisations liés à l'éducation en Ontario avait augmenté en raison de la croissance de la population scolaire.

Pour ce qui est du contexte législatif, comme je l'ai mentionné précédemment, le régime des REE est prévu à la partie III de la Loi. La partie I de cette loi autorise les municipalités à imposer des redevances d'exploitation pour financer les coûts en immobilisations de l'infrastructure municipale destinée aux nouveaux aménagements, tels les réseaux d'aqueduc et d'égouts, les routes, les bibliothèques, les parcs et les installations récréatives. Avant l'adoption de cette loi, les municipalités finançaient les infrastructures uniquement par le biais d'un impôt sur les lotissements. Toutefois, la Loi reconnaît le principe que «les nouveaux aménagements doivent payer leurs propres services» et ne devraient pas venir alourdir le fardeau fiscal des résidents déjà sur place. La fourniture d'installations scolaires adéquates dans une exploitation résidentielle donnée fait partie intégrante de l'aménagement urbain.

Cela se reflète dans la *Loi sur l'aménagement du territoire*, qui dispose expressément que «la mise en place et la répartition adéquates de services éducatifs» ainsi que «le caractère adéquat des emplacements scolaires» sont des éléments importants à prendre en considération dans les plans d'aménagement du territoire (al. 2i) et 51(24)a) et j), mod.

26

27

28

addressing this aspect of urban planning. The Act, including the EDC scheme, is one component of a complex regulatory framework governing land development in Ontario, comprised of at least nine different statutes: the *Building Code Act*, R.S.O. 1990, c. B.13, the *Environmental Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. E.18, the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, the *Fire Marshals Act*, R.S.O. 1990, c. F.17, the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, the *Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.28, the *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1990, c. O.40, the *Planning Act*, and the *Conservation Authorities Act*, R.S.O. 1990, c. C.27.

B. Standing

29

The Court of Appeal, at pp. 108-9, found that the appellants (the respondents before the Court of Appeal) lacked the standing to challenge the constitutionality of the EDC scheme on any basis other than s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*:

... we have had no argument pitting the entire funding scheme against s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* and, therefore, cannot conclude for or against constitutionality. This unsatisfactory circumstance stems from the question of status.

The Supreme Court of Canada has spoken at regular intervals on the subject of status concerning constitutional issues, most recently in *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*. . . . The three-part test is now well known: The court must consider the seriousness of the issue, the direct interest of the party requesting status, and the other available means of bringing the issue to court.

The seriousness of the issue is obvious. The direct interest of the respondents is another question. Their interest is in not paying the EDC, but they have no direct interest in proportional allocation of funds to separate schools. Even less do they have an interest in the overall funding model which, in my view, is the subject which must be addressed to determine constitutionality.

par L.O. 1994, ch. 23, art. 5 et 30). Les REE jouent un rôle important à ce chapitre de l'aménagement urbain. La Loi, et notamment le régime des REE, fait partie d'un cadre complexe de réglementation de l'aménagement foncier en Ontario, formé d'au moins neuf différentes lois: la *Loi sur le code du bâtiment*, L.R.O. 1990, ch. B.13, la *Loi sur les évaluations environnementales*, L.R.O. 1990, ch. E.18, la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19, la *Loi sur les commissaires des incendies*, L.R.O. 1990, ch. F.17, la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, la *Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.28, la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.40, la *Loi sur l'aménagement du territoire* et la *Loi sur les offices de protection de la nature*, L.R.O. 1990, ch. C.27.

B. La qualité pour agir

La Cour d'appel a conclu, aux pp. 108 et 109, que les appelantes (intimées devant la Cour d'appel) n'avaient pas la qualité requise pour contester la constitutionnalité du régime des REE sur tout autre fondement que le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

[TRADUCTION] . . . aucun argument ne nous a été présenté mettant en cause l'ensemble du régime de financement au regard du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, en conséquence, nous ne pouvons nous prononcer sur la constitutionnalité de ce régime. Cette circonstance malheureuse résulte de la question de la qualité pour agir.

La Cour suprême du Canada s'est prononcée périodiquement sur la question de la qualité pour agir eu égard aux questions constitutionnelles, et tout récemment dans l'arrêt *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*. [. . .] Le critère à trois volets est dorénavant bien connu: Le tribunal doit examiner le sérieux du point soulevé, l'intérêt direct de la partie demandant qu'on lui reconnaisse la qualité pour agir, et les autres manières possibles de soumettre la question aux tribunaux.

Il ne fait aucun doute que le point soulevé est sérieux. Quant à l'intérêt direct des intimées, c'est une autre question. Le seul intérêt qu'elles ont est de ne pas payer la REE, mais elles n'ont pas d'intérêt direct quant à la répartition proportionnelle des fonds aux écoles séparées. Elles ont encore moins d'intérêt dans le régime global de financement, dont l'examen s'impose à mon

Their selective interest indicates why they should not have been granted status on a broad issue. Finally, there most certainly is another available means of bringing the issue to court. For one example, the York Region Roman Catholic School Board could have done so in these very proceedings had it decided not to defend the constitutionality of the funding scheme.

For these reasons I would overrule the Divisional Court's grant of status to the respondents to argue the s. 93(1) issue. If the judgment quashing the by-laws is to be sustained, it must be on the division of powers argument.

Because of the serious and complex nature of the issues before this Court, I will assume, without deciding, that the appellants have standing. However, a brief comment is in order with respect to the role of the Interveners Guzman and Ciccone, and the Interveners Pope and Seto (the "standing interveners").

The standing interveners adopt the submissions of the appellants, saying that if the appellants do not have standing on the s. 93 issue and the *Charter* question, they themselves have standing to appeal on these grounds. In support of this submission, the standing interveners cite *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. In that case, in which the plaintiff sued for cancellation of a lease, the parties' interest under the lease lapsed by the time the matter came before the Court. The only *lis* remaining was between the defendant (appellant) and the intervener the Attorney General of Quebec. The Court held that the presence of the intervener with an interest adverse to a principal party made the appeal properly constituted. That case is clearly distinguishable from the instant appeal. Simply put, the interests of the parties in this appeal have not lapsed under a contractual agreement.

The standing interveners also cite *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, and in particular the following passage at p. 360: "the presence of interveners who had a stake in the outcome supplied the necessary adversarial context

avis pour juger de la constitutionnalité. Vu le caractère sélectif de leur intérêt, la qualité pour agir n'aurait pas dû leur être reconnue sur une question générale. Enfin, il existe assurément un autre moyen de soumettre la question aux tribunaux. Par exemple, le conseil d'écoles catholiques de York aurait pu le faire en l'espèce s'il avait décidé de ne pas défendre la constitutionnalité du régime de financement.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'infirmer la décision de la Cour divisionnaire d'accorder aux intimées la qualité pour débattre de la question relative au par. 93(1). Le seul argument permettant de confirmer le jugement qui annule le règlement scolaire serait donc celui du partage des pouvoirs.

Étant donné la nature sérieuse et complexe des questions dont nous sommes saisis, je présumerai, sans en décider, que les appelantes ont qualité pour agir. Toutefois, un bref commentaire s'impose en ce qui a trait au rôle des intervenants Guzman et Ciccone, ainsi que des intervenantes Pope et Seto (les «intervenants sur la qualité pour agir»).

Les intervenants sur la qualité pour agir reprennent l'argumentation des appelantes, disant que si ces dernières n'ont pas qualité pour agir quant à la question fondée sur l'art. 93 et à la question fondée sur la *Charte*, ils ont quant à eux cette qualité à l'égard de ces deux moyens. À l'appui de leur position, ils invoquent l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Dans cette affaire, où le demandeur poursuivait pour l'annulation d'un bail, l'intérêt des parties en vertu du bail était éteint au moment où l'affaire est arrivée devant la Cour. Le seul litige restant était entre le défendeur (appellant) et l'intervenant le procureur général du Québec. La Cour a conclu que la présence de l'intervenant ayant un intérêt opposé à une partie principale faisait en sorte que l'appel était dûment formé. Cette affaire se distingue nettement du présent pourvoi. En termes simples, les intérêts des parties en l'espèce ne se sont pas éteints aux termes d'un contrat.

Ces intervenants invoquent également l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, et en particulier le passage suivant à la p. 360: «l'intérêt des intervenants dans l'issue du pourvoi fournissait le contexte contradictoire

30

31

32

to enable the Court to hear the cases". However, they overlook the passage at p. 359 where it is made clear that the Court is referring to the specific principle of "collateral consequences", which is not relevant to the facts at hand:

[The requirement of an adversarial context] may be satisfied if, despite the cessation of a live controversy, the necessary adversarial relationships will nevertheless prevail. For example, although the litigant bringing the proceeding may no longer have a direct interest in the outcome, there may be collateral consequences of the outcome that will provide the necessary adversarial context.

The principle that collateral consequences of an already completed cause of action warrant appellate review was most clearly stated in *Sibron v. New York*, supra. The appellant in that case appealed his conviction although his sentence had already been completed. [Emphasis added.]

33 The standing interveners, in my opinion, have no standing in the instant appeal. I would only add that this Court takes an unfavourable view of attempts to back up an appellant's lack of standing by way of interveners. Such efforts to bootstrap flawed standing are to be discouraged.

C. Section 92(2): Incidence of the EDC

34 As the Privy Council noted in *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, at p. 563, the starting point in any discussion of incidence is Mill's seminal description of direct and indirect taxation:

Their Lordships must first consider whether the tax in the form (a) is a valid exercise of provincial legislative powers. It has been long and firmly established that, in interpreting the phrase "direct taxation" in head 2 of s. 92 of the Act of 1867, the guide to be followed is that provided by the distinction between direct and indirect taxes which is to be found in the treatise of John Stuart Mill. The question, of course, as Lord Herschell said in *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, is not what is the distinction drawn by writers on political economy, but in what

nécessaire pour permettre à la Cour d'entendre ces causes». Ils négligent cependant le passage, à la p. 359 où la Cour se reporte manifestement au principe précis des «conséquences accessoires», lequel n'est pas pertinent quant aux faits de l'espèce:

[L'exigence du débat contradictoire peut] être remplie si, malgré la disparition du litige actuel, le débat contradictoire demeure. Par exemple, même si la partie qui a engagé des procédures en justice n'a plus d'intérêt direct dans l'issue, il peut subsister des conséquences accessoires à la solution du litige qui fournissent le contexte contradictoire nécessaire.

L'arrêt *Sibron v. New York*, précité, consacre le principe d'après lequel les conséquences accessoires d'une cause d'action terminée justifient un appel. Dans cette affaire, l'appelant avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité après avoir déjà purgé sa peine. [Je souligne.]

Ces intervenants n'ont pas, à mon avis, qualité pour agir dans le présent pourvoi. J'ajouterais simplement que notre Cour ne voit pas d'un bon œil les tentatives d'un appelant de camoufler son absence de qualité pour agir par voie d'intervention. Les efforts de ce genre pour compenser les lacunes à ce chapitre doivent être découragés.

C. Le paragraphe 92(2): Incidence de la REE

Ainsi que l'a souligné le Conseil privé dans *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550, à la p. 563, le point de départ de tout examen de l'incidence d'une taxe est la définition fondamentale que Mill donne de la taxation directe et de la taxation indirecte:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries doivent d'abord se demander si la forme a) de la taxe constitue un exercice valide des pouvoirs législatifs provinciaux. Il est bien établi depuis longtemps que, pour interpréter les termes «taxation directe» au paragraphe 2 de l'art. 92 de l'Acte de 1867, on doit se guider sur la distinction entre taxe directe et taxe indirecte qui se trouve dans le traité de John Stuart Mill. Il ne s'agit évidemment pas, comme le fait remarquer lord Herschell dans *Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, de s'arrêter aux distinctions faites par les

sense the words were employed in the British North America Act. Mill's *Political Economy* was first published in 1848, and appeared in a popular edition in 1865. Its author became a member of parliament in this latter year and commanded much attention in the British House of Commons. Having regard to his eminence as a political economist in the epoch when the Quebec Resolutions were being discussed and the Act of 1867 was being framed, the use of Mill's analysis and classification of taxes for the purpose of construing the expression now under review is fully justified.

Mill's formulation (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, Book V, c. 3, § 1) is as follows:

Taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very person who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another: such as the excise or customs. The producer or importer of a commodity is called upon to pay tax on it, not with the intention to levy a peculiar contribution upon him, but to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed that he will recover the amount by means of an advance in price.

The reasons for the constitutional prohibition of indirect taxation by the provinces are set out by Dickson J. (as he then was) in dissent in *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545, at pp. 582-83:

There can be no doubt that by the words "direct and indirect taxation" the Fathers of Confederation contemplated certain distinct categories of taxation, as well as a general test of directness. Only certain of such categories, such as income and property taxes, were to be available to the Legislatures. There were two reasons for this. The first was based on arcane political economy. It was thought that a direct tax would be more perceived than an indirect tax. The effect was thought to provide for greater scrutiny and resistance by the electorate with a resulting parsimony in public expenditure. The second reason proved wrong from the start. It was thought that provincial activities would be limited and revenue needs would be slim; the Legislatures, therefore, would have no necessity to resort to most tax pools.

auteurs de textes d'économie politique, mais bien de savoir dans quel sens ces mots ont été employés dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. L'ouvrage de Mill sur l'économie politique a d'abord été publié en 1848, et une édition populaire a paru en 1865. La même année, Mill était élu député et il a joué un rôle très actif à la Chambre des communes. La grande réputation de Mill en tant qu'économiste politique au moment où l'on discutait les Résolutions de Québec et où l'on préparait la rédaction de l'Acte de 1867 justifie pleinement l'emploi de son analyse et de sa classification des taxes aux fins d'interpréter l'expression à l'étude.

Voici la définition de Mill (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, livre V, ch. 3, § 1):

[TRADUCTION] Les taxes sont directes ou indirectes. La taxe directe est celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les taxes indirectes sont celles qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre; c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane. Le producteur ou l'importateur d'un bien doit payer une taxe sur ce bien non pas parce qu'on veut lui imposer une contribution particulière, mais afin d'imposer par son entremise les consommateurs du bien auxquels on suppose qu'il fera supporter le fardeau de la taxe en augmentant ses prix.

Les motifs qui sous-tendent l'interdiction constitutionnelle de la taxation indirecte par les provinces sont énoncés par le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, dans *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545, aux pp. 582 et 583:

Il n'est pas douteux que par l'expression «taxation directe et indirecte», les Pères de la Confédération ont envisagé certaines catégories particulières de taxation aussi bien qu'un critère général d'application. Les législatures étaient censées n'avoir accès qu'à certaines catégories, telles l'impôt sur le revenu et les taxes foncières, pour deux motifs. Le premier était fondé sur une théorie ésotérique d'économie politique. On pensait qu'un impôt direct serait plus évident qu'un impôt indirect, qu'il susciterait la vigilance et une plus grande résistance de l'électorat et qu'ainsi on aboutirait à minimiser les dépenses publiques. Le second motif s'est avéré erroné dès le début. On pensait que les activités des provinces seraient limitées et leurs besoins financiers peu importants; par conséquent, les législatures n'auraient donc aucun besoin de recourir à la plupart des sources communes d'impôts.

35

36

37

Professor La Forest, as he then was, explores these reasons in greater detail in *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, *supra*, at pp. 2-4:

The functions and responsibilities assigned to the provinces, though important, were not costly. The maintenance of a civil government, the administration of justice, education, local works and undertakings, welfare — all these involved modest expenditures in 1867, and it was anticipated they would remain fairly static. The vast responsibilities now exercised by government in these fields could not be foreseen in the laissez faire era. In consequence the sources of revenue made available to the provinces under the Confederation agreements were either restricted or unattractive. The major sources of provincial revenue, in fact, were not intended to be taxation. Provision was made for payment of subsidies by the federal government to the provinces which, in the early years of Confederation, comprised nearly half the provincial revenues. Moreover, the public domain, excluding such items as canals, public harbours, railroads, military lands, and other assets required for the performance of federal functions, remained to the provinces. It was only as a last resort that the provinces were expected to levy taxation; and to curb any inclination the legislatures might have to embark on overly ambitious schemes, the major taxes allocated to them were the unpopular direct taxes. Any expansion of provincial governmental expenditures, it was thought, could be met by increased returns from the public domain. Thus Galt in discussing the sources of provincial revenues under the Quebec Resolutions had this to say:

We may, however, place just confidence in the development of our resources, and repose in the belief that we shall find in our territorial domain, our valuable mines and our fertile lands, additional sources of revenue far beyond the requirements of the public service. If, nevertheless, the local revenues become inadequate, it will be necessary for the local governments to have resort to direct taxation; and I do not hesitate to say that one of the wisest provisions in the proposed Constitution, and that which affords the surest guarantee that the people will take a healthy interest in their own affairs and see that no extravagance is committed by those placed in power over them, is to be found in the fact that those who are called upon to

Le professeur La Forest explore ces motifs plus en détail dans son ouvrage *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, *op. cit.*, aux pp. 2 à 4:

[TRADUCTION] Bien qu'importantes, les attributions et les responsabilités confiées aux provinces n'étaient pas coûteuses. Le maintien d'un gouvernement civil, l'administration de la justice, l'éducation, les ouvrages et les entreprises d'une nature locale, le bien-être social — toutes ces compétences supposaient des dépenses modestes en 1867 et on s'attendait à ce que celles-ci demeurent relativement stables. On ne pouvait prévoir, dans une époque de laisser-faire, les vastes responsabilités qu'allait exercer l'État dans ces domaines. Aussi, les sources de revenus mises à la disposition des provinces en vertu des accords confédératifs étaient-elles ou bien limitées ou bien peu séduisantes. En fait, les grandes sources de revenus des provinces ne devaient pas provenir de la taxation. Une disposition prévoyait en effet que le gouvernement fédéral verserait aux provinces des subsides qui, au début de la Confédération, représentaient presque la moitié des recettes provinciales. De plus, les provinces conservaient la propriété du domaine public, à l'exception des canaux, des ports publics, des chemins de fer, des terres réservées à l'armée et des autres biens nécessaires à l'exercice des attributions fédérales. On s'attendait à ce que les provinces ne recourent à l'imposition qu'en dernier ressort; et pour éviter que les législatures ne s'engagent dans des projets trop ambitieux, le principal champ de taxation qui leur était attribué était le champ impopulaire de la taxation directe. Tout accroissement des dépenses des gouvernements provinciaux, croyait-on, serait compensé par la croissance des recettes en provenance du domaine public. Galt s'est exprimé ainsi lors de l'examen des sources de revenu provincial dans le cadre des Résolutions de Québec:

Nous pouvons, cependant, avoir foi dans le développement de nos ressources et être confiants de trouver dans notre domaine territorial, nos mines précieuses et nos terres fertiles des sources additionnelles de revenus qui excéderont de loin les besoins de l'administration publique. Si, toutefois, les recettes locales devenaient insuffisantes, les gouvernements locaux devront recourir à la taxation directe; et je n'hésite pas à dire que l'une des dispositions les plus sages de la Constitution proposée, et qui offre la meilleure garantie que les gens prendront un intérêt légitime à leurs affaires et verront à ce que ceux qui les gouvernent ne commettent pas d'extravagances, se trouve dans le fait que les personnes qui sont appelées à

administer public affairs will feel, when they resort to direct taxation, that a solemn responsibility rests upon them, and that that responsibility will be exacted by the people in the most peremptory manner.

Reference to contemporary sources shows that the meaning of direct taxation, even during the period of Confederation, was quite broad, including in addition to property taxes, death duties and income taxes. It was not because of its narrow scope that politicians underrated direct taxation. It was because they felt that politically it would be extremely difficult to impose; hardly anything comes out more clearly in the debates of the legislatures of the time than the extreme unpopularity of direct taxation. Such taxes, as the name implies, are those imposed on the taxpayer directly, as compared with indirect taxation like customs duties which are concealed from the taxpayer in the price of some commodity or service.

Some commentators suggest another rationale for limiting the provinces to direct taxation; for example, Professor Hogg states in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), § 30.2(b):

Why does s. 92(2) limit the provinces to direct taxation? The answer is that the limitation is a corollary to the general principle, discussed later in this chapter, that provincial taxing powers (like other provincial legislative powers) are confined to the territory of the province. The leading feature of an indirect tax is, as we have noticed, that it is likely to be passed on by the initial taxpayer through the incorporation of the tax into the price of goods or services provided by the initial taxpayer. What this means is that a tax that is initially levied on a taxpayer within the province could ultimately be borne by a consumer outside the province. If that occurred, the province would be taxing a person to whom it provided no governmental benefits and to whom it was not accountable. This result is avoided if the province is restricted to direct taxation, where the initial taxpayer within the province is also the person who ultimately bears the tax.

As noticed earlier, even a direct tax will be circuitously recouped if it forms part of the overhead of a business. But it is obviously neither possible nor desirable to exclude from the provincial taxing power all taxes that are in fact recouped by the initial taxpayer. The test of directness is a justiciable means of excluding from

gérer les affaires publiques sentiront, lorsqu'elles recourront à la taxation directe, qu'une responsabilité solennelle leur incombe et que la population sera très exigeante à cet égard.

L'examen des sources contemporaines permet de constater que même à l'époque de la Confédération, la taxation directe revêtait un sens assez large et comprenait, outre les taxes foncières, les droits sur les successions et l'impôt sur le revenu. Ce n'était donc pas en raison de son champ restreint que les politiciens sous-estimaient la taxation directe. C'est qu'ils croyaient qu'elle serait extrêmement difficile à imposer sur le plan politique; la très grande impopularité de la taxation directe est d'ailleurs l'un des thèmes qui ressort le plus nettement des débats de l'époque dans les législatures. Ces taxes, comme le mot l'indique, sont celles qui sont imposées directement au contribuable, contrairement aux taxes indirectes, comme les droits de douane, qui sont cachées dans le prix du bien ou du service.

Certains auteurs avancent d'autres raisons pour expliquer qu'on ait limité les provinces à la taxation directe; voici ce que dit à ce sujet le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), § 30.2(b):

[TRADUCTION] Pourquoi le par. 92(2) limite-t-il les provinces à la taxation directe? La réponse est qu'il s'agit d'un corollaire du principe général, examiné plus loin dans le présent chapitre, selon lequel les pouvoirs de taxation des provinces (comme les autres pouvoirs législatifs provinciaux) sont confinés au territoire de la province. La grande caractéristique d'une taxe indirecte est, comme nous l'avons souligné, qu'elle sera vraisemblablement reportée par le contribuable initial, qui l'incorporera dans le prix de ses biens ou services. Ainsi, une taxe initialement prélevée sur un contribuable à l'intérieur d'une province pourrait en bout de ligne être assumée par un consommateur de l'extérieur de la province. Dans ce cas, la province se trouverait à taxer une personne à laquelle elle ne procure aucun avantage gouvernemental et envers laquelle elle n'a pas de compte à rendre. On évite ce résultat en restreignant la province à la taxation directe, par laquelle le contribuable initial se trouvant à l'intérieur de la province est également la personne qui, en bout de ligne, assumera la taxe.

Comme nous l'avons souligné précédemment, même une taxe directe sera indirectement récupérée si elle fait partie des frais généraux d'une entreprise. Mais il n'est manifestement ni possible ni souhaitable d'exclure du pouvoir provincial de taxation toutes les taxes qui sont de fait récupérées par le contribuable initial. Le critère

provincial power at least those taxes that are most likely to be passed on, and thereby confining provincial power to those taxes the burden of which is most likely to remain within the province.

39 However, Professor La Forest comments, at pp. 111-12 as follows:

The limitation of the provinces under section 92(2) of the British North America Act to taxation "within the Province" has served the important function of dividing the available tax resources among the provinces. Perhaps the first point to note is that while a tax is, of course, always paid by a person, the limitation does not restrict the provinces to taxing persons in the province. A province may also levy taxes on property or transactions or benefits acquired in the province, so long as the taxes are direct. In such cases it is irrelevant that the tax may be borne by a person outside the province. Thus, no one has ever questioned the constitutional validity of ordinary municipal rates on real estate on the ground that a landowner (upon whom the tax will in practice usually fall) resides outside the province.

If such taxes were held unconstitutional for this reason, nonresidents would be permitted to exploit the resources of a province and take advantage of the protection afforded by its laws without contributing to the costs of its operations

Though a province may impose taxes on persons, property, transactions, and benefits in the province, they must of course be properly framed to reach out to the permissible limits. Thus, a tax on a person, income, property, or transaction outside the province is invalid; but a tax on a person in the province in respect of his income or other benefit received outside the province, and a tax on income or property in the province owned by a nonresident are valid.

Professor La Forest also observes at p. 113 that:

It will be obvious from the foregoing that a taxpayer may, in practise, be taxed by several provinces in respect of the same economic interest. The courts could, of course, have held that a tax measured by an extraprovincial standard was in substance a tax on an

du caractère direct est le moyen qu'utilisent les tribunaux pour exclure du pouvoir provincial à tout le moins les taxes qui seront très probablement reportées sur autrui, et le limiter ainsi aux taxes dont le fardeau restera très probablement à l'intérieur de la province.

Toutefois, le professeur La Forest fait le commentaire suivant, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] La restriction du pouvoir des provinces, aux termes du paragraphe 92(2) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, à la taxation «dans les limites de la province» a rempli la fonction importante d'assurer le partage des ressources fiscales disponibles entre les provinces. Le premier point à relever est peut-être que, même si une taxe est, il va sans dire, toujours payée par une personne, la restriction n'a pas pour effet de limiter les provinces à la taxation des personnes se trouvant dans leur territoire. Une province peut également prélever des taxes sur les biens, les opérations ou les bénéfices acquis dans la province, pourvu qu'il s'agisse de taxes directes. Dans ces cas, il importe peu que la taxe soit supportée par une personne de l'extérieur de la province. Ainsi, personne n'a jamais contesté la validité constitutionnelle de l'impôt municipal ordinaire sur les biens immeubles pour le motif que le propriétaire (sur lequel la taxe retombera habituellement en pratique) réside à l'extérieur de la province.

Si ces taxes étaient jugées inconstitutionnelles pour ce motif, il serait permis aux non-résidents d'exploiter les ressources d'une province et de se prévaloir de la protection accordée par ses lois sans contribuer aux coûts de son administration. . . .

Bien qu'une province puisse imposer des taxes sur les personnes, les biens-fonds, les opérations et les bénéfices dans la province, ces taxes doivent être adéquatement conçues en fonction des limites permises. Ainsi, une taxe prélevée sur une personne, un revenu, un bien ou une opération à l'extérieur de la province est invalide; mais une taxe prélevée sur une personne dans la province à l'égard de son revenu ou d'un autre bénéfice reçu à l'extérieur de la province, et un impôt sur le revenu ou une taxe sur les biens-fonds dans la province appartenant à un non-résident sont valides.

Le professeur La Forest fait également observer, à la p. 113:

[TRADUCTION] Il apparaîtra évident de ce qui précède qu'un contribuable peut, en pratique, être taxé par plusieurs provinces à l'égard du même intérêt économique. Les tribunaux auraient naturellement pu juger qu'une taxe assujettie à une norme extraprovinciale était, en

asset in another province. But they have shown no disposition to police the provinces in this way and have left it to the legislatures to judge the soundness, wisdom or expediency of taxing measures. Only when a provincial tax amounts in substance to a regulation of a federal matter will the courts intervene. Mutual restraint based on political or economic considerations or inter-provincial arrangements have, however, been sufficient until now to prevent the problem of multiple taxation from becoming acute.

Rand J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, at pp. 251-52 (see also *Allard, supra*, at p. 396, and *Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 144, at p. 162) elaborated helpfully upon the hallmarks of an indirect tax, as follows:

If the tax is related or relateable, directly or indirectly, to a unit of the commodity or its price, imposed when the commodity is in course of being manufactured or marketed, then the tax tends to cling as a burden to the unit or the transaction presented to the market.

Of course, it is the general tendency of the tax that is of concern, rather than the ultimate incidence of the tax in the circumstances of a particular case, *Allard, supra*, at p. 397:

... the court in *Colpitts* seems to suggest that an indirect tax involves a perfect correlation between a tax and the increased cost of a commercial item. I do not believe that the helpful approach of the *Saskatchewan* case is rendered sterile simply because certain units of a taxed commodity do not reach the market. While the tax imposed with reference to such units may indeed be absorbed into general "production costs", that does not prevent the tax from clinging as a burden to the vast majority of units which end up entering the market. To the extent that *Colpitts* denies this proposition, I would overrule it.

(See also *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.); *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231 (P.C.); *Cairns Construc-*

substance, une taxe sur les biens d'une autre province. Mais ils ne se sont pas montrés disposés à surveiller ainsi les provinces et ont laissé aux législatures le soin de juger de la légitimité, de la sagesse ou de l'efficacité des mesures de taxation. Ils n'interviendront que dans les cas où une taxe provinciale équivaut en substance à la réglementation d'une matière fédérale. La retenue mutuelle fondée sur des considérations politiques ou économiques ou sur des ententes interprovinciales a suffi jusqu'à maintenant à contenir le problème de la taxation multiple.

Dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231, aux pp. 251 et 252 (voir aussi *Allard*, précité, à la p. 396, et *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144, à la p. 162), le juge Rand a utilement explicité en ces termes les grandes caractéristiques de la taxe indirecte:

[TRADUCTION] Si la taxe se rapporte ou est susceptible de se rapporter, directement ou indirectement, à une unité du bien ou à son prix, et est imposée à l'étape de la fabrication ou de la vente, cette taxe tend alors à s'attacher comme un fardeau à l'unité en question ou à l'opération destinée au marché.

Naturellement, c'est la tendance générale en ce qui concerne la taxe qui importe, et non son incidence ultime dans les circonstances particulières d'une espèce, *Allard*, précité, à la p. 397:

... dans l'arrêt *Colpitts*, le tribunal semble laisser entendre qu'une taxe indirecte nécessite une corrélation parfaite entre une taxe et le coût majoré d'un article commercial. Je ne crois pas que l'analyse utile formulée dans l'arrêt *Saskatchewan* perde toute son importance simplement parce que certaines unités d'un bien taxé ne sont pas mises sur le marché. Bien que la taxe imposée sur ces unités puisse en fait être absorbée dans les «coûts de production» généraux, cela n'empêche pas cette taxe de s'attacher comme un fardeau à la vaste majorité des unités qui aboutissent sur le marché. Dans la mesure où l'arrêt *Colpitts* va à l'encontre de cette proposition, je suis d'avis de le rejeter.

(Voir également *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (C.P.); *Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231 (C.P.); *Cairns Construc-*

tion Ltd. v. Government of Saskatchewan, [1960] S.C.R. 619.)

tion Ltd. c. Government of Saskatchewan, [1960] R.C.S. 619.)

42 As Professor La Forest notes at p. 79, the test of incidence is based on a legal, rather than an economic distinction:

Comme le souligne le professeur La Forest, à la p. 79, le critère de l'incidence relève d'une distinction juridique et non économique:

Modern economic analysis has largely stripped Mill's distinction of meaning. But the courts have not abandoned it on that account. This has not been necessary because in their hands it is a legal, rather than an economic tool. From the beginning the Privy Council made it clear that its task was not to follow the burden of a tax in the manner of economists but to construe the term "direct taxation" as used in the British North America Act. Mill's definition as used by the courts required that the general incidence of a tax should be established in accordance with the general understanding of men, not its actual effect as traced by economists. Thus, a customs duty was in their view a classic instance of an indirect tax, since its general tendency was to be passed along, and it was nonetheless an indirect tax though private bargains or market conditions might compel importers to pay it themselves.

[TRADUCTION] L'analyse économique moderne a largement dépouillé de son sens la distinction opérée par Mill. Mais les tribunaux ne l'ont pas abandonnée pour autant. Cela n'a pas été nécessaire parce qu'entre leurs mains cette distinction est un outil juridique et non économique. Dès le début, le Conseil privé a clairement dit qu'il n'avait pas pour tâche de suivre le fardeau d'une taxe à la manière des économistes, mais d'interpréter l'expression «taxation directe» utilisée dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. La définition de Mill qu'invoquent les tribunaux exige que l'incidence générale d'une taxe soit établie à partir de la compréhension générale qu'en ont les gens, et non de l'effet véritable que lui attribuent les économistes. Ainsi, un droit de douane représentait à leurs yeux un cas classique de taxe indirecte, puisque la tendance générale était de le reporter sur autrui et ce, même si des opérations privées ou les conditions du marché pouvaient contraindre les importateurs à payer eux-mêmes le droit.

43 When determining the incidence of a tax, it is important to bear in mind the context within which the tax operates as well as the purpose of the tax. In the case at hand, the EDCs are a tax on development using land as an instrument to achieve the desired end. The purpose of the EDC scheme is to ensure that education capital costs made necessary by new residential development are borne by the new development itself, rather than imposing an additional burden on existing homeowners. Significantly, capital costs associated with existing schools, or the building of schools for existing pupils currently accommodated in portables or sent by bus to distant schools cannot be defrayed through revenues raised by EDCs.

Pour déterminer l'incidence d'une taxe, il importe de ne pas perdre de vue le contexte dans lequel elle s'insère ainsi que la fin qu'elle vise. En l'espèce, la REE est une taxe sur l'exploitation, les terrains étant le moyen utilisé pour atteindre la fin désirée. Le régime des REE vise à faire en sorte que les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation rendus nécessaires par la nouvelle exploitation à des fins résidentielles soient assumés par la nouvelle exploitation elle-même, plutôt que d'imposer un fardeau additionnel aux propriétaires existants. Fait important, les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes, ou encore la construction d'écoles destinées à des élèves fréquentant déjà des installations mobiles ou transportés par autobus dans des écoles éloignées, ne peuvent être financés par les recettes perçues grâce aux REE.

44 White J. of the Divisional Court, relying on *Fairbanks*, *supra*, found at p. 521 that the "education development charge falls within the category of a tax that courts generally characterize as a direct tax because it is a land tax". In *Fairbanks*, the City of Halifax levied a business tax under its

Le juge White de la Cour divisionnaire, se fondant sur l'arrêt *Fairbanks*, précité, a conclu, à la p. 521, que «[l]a redevance d'exploitation relative à l'éducation entre dans la catégorie de taxes que les tribunaux considèrent généralement comme des taxes directes parce qu'il s'agit d'une taxe fon-

charter. The business tax was payable by every person occupying real property for the purpose of any trade, profession or calling for purposes of gain, and was assessed on 50 percent of the capital value of the property (*Fairbanks*, at pp. 120-21). A majority of the Supreme Court ([1926] S.C.R. 349) had found the incidence of the business tax to be indirect, as in the ordinary course of business the owner of the real property could be expected to pass the tax on to his or her tenant.

The Privy Council took a different approach, Viscount Cave, L.C., stating at pp. 124-25 that:

... their Lordships have primarily to consider... whether [the business tax] is in its nature a direct tax within the meaning of s. 92, head 2, of the Act of Union. The framers of that Act evidently regarded taxes as divisible into two separate and distinct categories — namely, those that are direct and those which cannot be so described, and it is to taxation of the former character only that the powers of a Provincial government are made to extend. From this it is to be inferred that the distinction between direct and indirect taxes was well known before the passing of the Act; and it is undoubtedly the fact that before that date the classification was familiar to statesmen as well as to economists, and that certain taxes were then universally recognized as falling within one or the other category. Thus, taxes on property or income were everywhere treated as direct taxes; and John Stuart Mill himself, following Adam Smith, Ricardo and James Mill, said that a tax on rents falls wholly on the landlord and cannot be transferred to any one else. "It merely takes so much from the landlord and transfers it to the State" (*Political Economy*, vol. ii., p. 416). On the other hand, duties of customs and excise were regarded by every one as typical instances of indirect taxation. When therefore the Act of Union allocated the power of direct taxation for Provincial purposes to the Province, it must surely have intended that the taxation, for those purposes, of property and income should belong exclusively to the Provincial legislatures, and that without regard to any theory as to the ultimate incidence of such taxation. To hold otherwise would be to suppose that the framers of the Act intended to impose on a Provincial legislature the task of speculating as to the probable ultimate incidence of each particular tax which it might desire to

cière». Dans l'affaire *Fairbanks*, la ville de Halifax avait imposé une taxe d'affaires en vertu de sa charte. Cette taxe, payable par toute personne occupant un immeuble dans un but lucratif à des fins commerciales, professionnelles ou pour l'exercice d'un métier, était calculée sur la moitié de la valeur en capital de l'immeuble (*Fairbanks*, aux pp. 120 et 121). En Cour suprême ([1926] R.C.S. 349), les juges avaient conclu à la majorité que la taxe d'affaires avait un effet indirect étant donné qu'on pouvait s'attendre à ce que, dans le cours ordinaire des affaires, le propriétaire de l'immeuble la reporte sur son locataire.

Le Conseil privé a adopté un point de vue différent. Le vicomte Cave, lord chancelier, s'est exprimé comme suit, aux pp. 124 et 125:

[TRADUCTION] ... leurs Seigneuries doivent déterminer principalement [...] si [la taxe d'affaires] est par nature une taxe directe au sens de l'art. 92, paragraphe 2, de l'Acte d'Union. Les rédacteurs de cette loi ont de toute évidence considéré que les taxes pouvaient être divisées en deux catégories distinctes, soit celles qui sont directes et celles qui ne peuvent se décrire ainsi — et que c'est à la première catégorie seulement que s'étendent les pouvoirs des gouvernements provinciaux. On peut en déduire que la distinction entre taxes directes et taxes indirectes était bien connue avant l'adoption de la loi; avant cette date, les hommes d'État et les économistes étaient indiscutablement au fait de cette classification, et certaines taxes étaient alors universellement reconnues comme entrant dans l'une ou l'autre catégorie. Ainsi la taxe foncière ou l'impôt sur le revenu étaient partout considérés comme des taxes directes; John Stuart Mill lui-même, à la suite d'Adam Smith, de Ricardo et de James Mill, disait qu'une taxe sur la rente portait exclusivement sur le propriétaire, qui ne pouvait en rejeter le fardeau sur qui que ce soit. «Elle prend simplement une somme du propriétaire et la transfère à l'État» (*Political Economy*, vol. ii, p. 416). Par ailleurs, les droits de douane et d'accise étaient partout considérés comme des exemples typiques de taxation indirecte. Ainsi, lorsque aux termes de l'Acte d'Union le pouvoir d'imposer des taxes directes à des fins provinciales a été attribué à la province, il était certainement entendu que l'imposition, à ces fins, d'une taxe foncière ou d'un impôt sur le revenu devait relever exclusivement des législatures provinciales et ce, indépendamment de toute théorie sur l'incidence ultime de ces taxes. Soutenir le contraire reviendrait à supposer que les rédacteurs de la loi entendaient imposer à une légis-

impose, at the risk of having such tax held invalid if the conclusion reached should afterwards be held to be wrong.

What then is the effect to be given to Mill's formula above quoted? No doubt it is valuable as providing a logical basis for the distinction already established between direct and indirect taxes, and perhaps also as a guide for determining as to any new or unfamiliar tax which may be imposed in which of the two categories it is to be placed; but it cannot have the effect of disturbing the established classification of the old and well known species of taxation, and making it necessary to apply a new test to every particular member of those species. The imposition of taxes on property and income, of death duties and of municipal and local rates is, according to the common understanding of the term, direct taxation, just as the exaction of a customs or excise duty on commodities or of a percentage duty on services would ordinarily be regarded as indirect taxation; and although new forms of taxation may from time to time be added to one category or the other in accordance with Mill's formula, it would be wrong to use that formula as a ground for transferring a tax universally recognized as belonging to one class to a different class of taxation.

46

I agree that the incidence of a land tax, in the traditional sense, will be direct. The hallmarks of a land tax are that the tax is, of course, imposed on land against the owner of the land, and that the tax is assessed as a percentage of the value of the land, or as a fixed charge per acre. The tax may be an annual, recurring assessment, or a one-time charge. In some cases, the tax may be enforced through the sale of the land. Although landowners, like everyone, may wish to pass on their tax burden to someone else or otherwise avoid taxation, this desire or ability does not transform the direct nature of the tax into an indirect one. I also accept that the case law reveals that land taxes are generally direct taxes; but I do not believe the case law prevents a tax on land by itself from being treated as an indirect tax. (See, in addition to *Fairbanks, supra, City of Montreal v. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136 (P.C.); *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (P.C.); *Rattenbury v. Land*

lature provinciale la tâche de faire des conjectures quant à l'incidence ultime probable de chaque taxe particulière qu'elle pourrait vouloir imposer, au risque qu'une taxe soit déclarée invalide si la conclusion à laquelle elle parvenait à cet égard devait subséquemment être jugée erronée.

Quel effet faut-il attribuer à la formule de Mill déjà citée? Elle est certainement valable en ce qu'elle fournit une base logique à la distinction déjà établie entre taxes directes et taxes indirectes et sert peut-être aussi de guide pour déterminer dans laquelle des deux catégories il faut placer une taxe nouvelle ou inconnue; mais elle ne doit pas venir perturber la classification établie des taxes anciennes et bien connues et rendre nécessaire l'application d'un nouveau critère à chaque sous-catégorie de ce genre de taxes. La taxe foncière et l'impôt sur le revenu, les droits successoraux et les taxes municipales et locales relèvent de la taxation directe, au sens habituel du terme, au même titre que la perception de droits de douane ou d'accise sur des biens ou d'un droit en pourcentage sur des services sera ordinairement considérée comme une taxation indirecte; bien que de nouvelles formes de taxation puissent, à l'occasion, être ajoutées à l'une ou l'autre catégorie selon la formule de Mill, on aurait tort d'invoquer cette formule pour transférer une taxe universellement reconnue comme appartenant à une catégorie, à une catégorie de taxation différente.

Je conviens que, au sens traditionnel, une taxe foncière aura une incidence directe. Il s'agit, bien sûr, essentiellement d'une taxe imposée à l'égard d'un terrain contre le propriétaire de ce terrain, et calculée en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre. Elle peut être calculée annuellement ou une seule fois. Dans certains cas, elle peut être exigée au moment de la vente du terrain. Bien que les propriétaires puissent, comme toute autre personne, souhaiter en reporter le fardeau sur un tiers ou éviter par quelque moyen l'imposition, ce désir ou leur capacité de le réaliser n'en fait pas pour autant une taxe indirecte. Je conviens également que, selon la jurisprudence, les taxes foncières sont généralement des taxes directes; mais à mon sens, la jurisprudence n'empêche pas qu'une taxe foncière puisse en soi être considérée comme une taxe indirecte. (Voir, outre l'arrêt *Fairbanks*, précité, *City of Montreal c. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136 (C.P.); *Attorney-General for British*

Settlement Board, [1929] S.C.R. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] S.C.R. 295; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750 (Alta. S.C., App. Div.); and *Rural Municipality of Bratts Lake v. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962 (Sask. S.C.).

In the case at bar, an EDC may at first blush seem to bear the characteristics of a land tax in that it is, in the words of the enabling legislation, imposed on "land undergoing residential and commercial development". Further, the failure to pay the EDC results in the charge being placed on the tax roll in respect of a specific parcel of land. In many respects, the EDC scheme is a novel scheme of taxation which involves features of both direct and indirect taxation.

However, in my view, EDCs are not true land taxes in the traditional sense. The purpose of the EDC scheme is not taxation of land, but rather, taxation imposed in order to defray the costs of infrastructure necessitated by new residential development. As McKeown J. of the Divisional Court noted at p. 510, "[t]he land can sit forever without attracting tax if no development is undertaken". While the EDC collection mechanism is linked to land, it is not the ownership of land *qua* land that is the object and purpose of the tax, but rather, the costs of infrastructure associated with new development upon land. The assessment of the tax is not based upon the value of the land, but rather, is based on the impact development will have in terms of creating a need for educational services. Although the "categories approach" articulated in *Fairbanks* may be of some relevance on other facts, it is my view that in the instant appeal, it is of no application. Rather, the incidence of the EDCs must be determined according to Mill's formulation, as discussed above.

Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co., [1950] A.C. 87 (C.P.); *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] R.C.S. 295; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750 (C.S. Alb., Div. app.), et *Rural Municipality of Bratts Lake c. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962 (C.S. Sask.).

Dans l'affaire qui nous occupe, la REE peut à première vue sembler posséder les caractéristiques d'une taxe foncière en ce que, aux termes de la loi habilitante, elle est imposée «à l'égard d'un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles». De plus, en cas de non-paiement, elle est ajoutée au rôle de perception à l'égard d'une parcelle de terrain donnée. À beaucoup d'égards, le régime des REE est un mécanisme nouveau d'imposition qui comporte des éléments à la fois de taxation directe et de taxation indirecte.

À mon avis cependant, la REE n'est pas une véritable taxe foncière au sens traditionnel du terme. Le régime des REE ne vise pas, en effet, à imposer les terrains mais bien à financer le coût des infrastructures rendues nécessaires par les nouvelles exploitations à des fins résidentielles. Comme l'a souligné le juge McKeown de la Cour divisionnaire, à la p. 510, [TRADUCTION] «[L]e terrain peut ne jamais être assujéti à une taxe si des travaux d'exploitation n'y sont pas entrepris». Bien que les modalités de perception de la REE soient liées au terrain, ce n'est pas en soi la propriété du terrain qui est l'objet de la taxe, mais plutôt les coûts d'infrastructure afférents à la nouvelle exploitation. Le calcul de la taxe n'est pas basé sur la valeur du terrain, mais sur les répercussions qu'aura l'exploitation sur le besoin de services d'enseignement. La «méthode des catégories» exposée dans l'arrêt *Fairbanks* peut certes avoir une certaine pertinence en présence d'autres faits, mais elle ne s'applique pas à mon sens au présent pourvoi. L'incidence de la REE doit plutôt être déterminée selon la formule de Mill examinée précédemment.

47

48

49

As I see it, the general tendency of the EDCs is to be passed on to the ultimate purchaser of the new building. The vast majority of new development is undertaken by developers, who benefit from economies of scale when undertaking multi-unit building projects, and who have every intention of selling the new buildings and homes. As Carthy J.A. stated at p. 110 for the Court of Appeal below, "common sense therefore says that the tendency will be to pass the cost along". It is true that in certain instances, the ultimate owner of a new home will also have been the builder, and thus will have paid the EDC directly. However, this is not sufficient to dislodge the general tendency of the tax. Indeed, the legislation itself is indifferent as to who actually bears the cost of an EDC: it is the person applying for a building permit from whom the tax is collected, whether this be the developer or the ultimate homeowner. This is a further indication of indirectness, Professor La Forest, *supra*, at p. 86:

There are situations where actual payment of a tax is required of one person for administrative convenience but where it is obvious that the tax is really directed at another ascertained person. These situations differ from traditional indirect taxes such as customs and excise where the ultimate incidence of the taxes is a matter of indifference to the legislature.

In a sense, EDCs are imposed in the course of manufacture on the commodity to be sold, that is, the new house or building. Most of the charge payers, the majority of whom are developers, intend to trade in the commodity, that is to sell the newly constructed buildings. It follows, in my view, that EDCs cling as a burden to new buildings when they are brought to market. Accordingly, EDCs constitute indirect taxation and are *ultra vires* provincial competence under s. 92(2).

50

However, it is my opinion that the EDC scheme is ultimately *intra vires* the province as ancillary to a valid regulatory scheme for the provision of educational facilities as a component of land use plan-

À mon sens, la tendance générale en ce qui concerne la REE est de la reporter sur l'acheteur ultime du nouveau bâtiment. La grande majorité des nouvelles exploitations sont le fait de promoteurs qui bénéficient d'économies d'échelle en réalisant des projets d'unités multiples et qui ont la ferme intention de vendre les nouveaux bâtiments et les nouvelles maisons. Comme l'a dit le juge Carthy au nom de la Cour d'appel, à la p. 110, «[o]r le sens commun nous dit que la tendance générale sera de reporter sur autrui le coût de cette redevance». Certes, dans certains cas, l'acheteur ultime de la nouvelle maison sera le constructeur lui-même, lequel se trouvera à avoir ainsi payé directement la REE. Toutefois, cela ne suffit pas à renverser la tendance générale en ce qui concerne la taxe. De fait, la loi elle-même ne se préoccupe pas de savoir qui supporte réellement le coût de la REE: la taxe est perçue de la personne qui demande le permis de construire, qu'il s'agisse du promoteur ou du propriétaire ultime de la maison. C'est là une autre indication du caractère indirect de la redevance, professeur La Forest, *op. cit.*, à la p. 86:

[TRADUCTION] Il y a des situations où, pour des raisons de commodité administrative, le paiement d'une taxe est exigé d'une personne alors que, de toute évidence, cette taxe vise en réalité une autre personne déterminée. Ce n'est pas le cas des taxes indirectes traditionnelles, tels les droits de douane et d'accise, où la législature ne se préoccupe pas de l'incidence ultime.

En un sens, la REE est imposée dans le cours de la fabrication d'un bien destiné à la vente, savoir la nouvelle maison ou le nouveau bâtiment. La plupart de ceux qui payent la redevance, des promoteurs en majorité, ont l'intention de faire le commerce du bien, c'est-à-dire de vendre les bâtiments nouvellement construits. Il s'ensuit, à mon avis, que la REE s'attache comme un fardeau aux nouveaux bâtiments au moment de leur mise en marché. Par conséquent, elle constitue une taxe indirecte et excède la compétence provinciale aux termes du par. 92(2).

Toutefois, je suis d'avis que, en définitive, le régime des REE relève de la compétence de la province en ce qu'il est accessoire à un régime valide de réglementation de la fourniture d'installations

ning, pursuant to ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, as interpreted by *Allard, supra*.

In *Allard*, a municipality passed a by-law prohibiting the removal of soil and other substances except as authorized by permit. A flat rate permit fee was instituted. This fee was then changed from a flat rate to one dependent on the volume of material being removed. The fees were intended to offset the costs of the regulatory scheme, which included road repair. While there was some evidence that more revenue would be generated by the volumetric fees than the amount necessary to defray the actual costs, the municipality did make reasonable attempts to match the fee revenues with the administrative costs of regulation. The fee was found to constitute indirect taxation that was *ultra vires* the province; however, the scheme was found to be supportable under ss. 92(9), (13) and (16). In *Allard*, the Court commented on pp. 402-5 on the scope of s. 92(9), as follows:

In the above cases, decided either by this Court or the Privy Council, one can discern a consistent treatment of the scope of s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Although somewhat broad language was used by Lord Atkin in *Shannon, supra*, it appears generally true that s. 92(9), in combination with ss. 92(13) and (16), comprehends a power of regulation through licences. It is a power which is not confined to the requirement of direct taxation in s. 92(2). However, in so far as it comprehends indirect taxation, these cases — either explicitly or upon their facts — have limited the power of indirect taxation such that it can only be used to defray the costs of regulation.

Since the time of *Reference re Farm Products, supra*, several lower courts have also considered the question of indirect taxation and s. 92(9). Particularly worthy of mention is the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd. . . .*

. . . Bull J.A. was most explicit in stating that he resolved the question [of whether the by-law was *intra vires* the province] through a pith and substance analy-

d'enseignement dans le cadre de l'aménagement du territoire, aux termes des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon l'interprétation donnée dans l'arrêt *Allard*, précité.

Dans l'affaire *Allard*, une municipalité avait adopté un règlement interdisant l'enlèvement de terre et d'autres substances sauf en conformité avec un permis. Un droit de permis fixe avait été établi. Ce droit a par la suite été remplacé par un droit calculé en fonction du volume des substances enlevées. Les droits visaient à couvrir les coûts du régime de réglementation, ce qui incluait ceux de la réparation des routes. Même si d'après certains éléments de preuve les droits volumétriques génèreraient plus de fonds que le montant nécessaire pour financer les coûts réels, la municipalité avait raisonnablement tenté de faire en sorte que les recettes provenant des droits correspondent aux coûts administratifs de la réglementation. On a jugé que le droit constituait une taxe indirecte qui excédait la compétence de la province, mais que le régime était justifiable aux termes des par. 92(9), (13) et (16). La Cour a commenté en ces termes la portée du par. 92(9), aux pp. 402 à 405:

Dans les arrêts mentionnés, rendus par notre Cour ou le Conseil privé, on constate que le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a reçu une interprétation uniforme. Bien que lord Atkin ait utilisé des termes assez généraux dans l'arrêt *Shannon*, précité, il semble généralement juste de dire que le par. 92(9), de concert avec les par. 92(13) et (16), englobe un pouvoir de réglementation par permis. C'est un pouvoir qui n'est pas restreint par l'exigence en matière de taxation directe visée au par. 92(2). Toutefois, dans la mesure où ils portent sur la taxation indirecte, ces arrêts ont, d'une façon explicite ou à partir des faits, limité l'application du pouvoir de taxation indirecte à la seule fin du financement d'un régime de réglementation.

Depuis le *Reference re Farm Products*, précité, plusieurs instances inférieures ont examiné la question de la taxation indirecte en fonction du par. 92(9). Il vaut la peine de mentionner, plus particulièrement, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd. . . .*

. . . le juge Bull a été plus explicite en précisant qu'il tranchait la question [de savoir si le règlement relevait de la compétence de la province] en se fondant sur une

sis. The relevant question was stated to be the following (at p. 685):

In my view, the key lies in the question as to what is the primary and real purpose, or pith and substance, of the legislation — is the levy or tax (whether direct or indirect by nature) merely ancillary, or adhesive, to the licensing scheme of regulating or prohibiting a trade, or is it essentially a fiscal imposition, or taxation, under a form of disguise or a colourable concept?

. . .

The three judgments in *LaFarge*, taken together, suggest to me that the validity of the by-law in question was linked to the costs of regulation by the court, and that the pith and substance analysis was not intended to convey more than this point. . . .

My review of the case law thus leads me to suppose that it has yet to be determined whether s. 92(9) comprehends a power to levy indirect taxes in order to raise revenue in excess of regulatory costs. . . .

I am pressed, however, to mention that a power of indirect taxation in s. 92(9) extending substantially beyond regulatory costs could have the more serious consequence of rendering s. 92(2) meaningless. . . . [Emphasis in original.]

In my opinion, therefore, it is unnecessary to examine further the jurisprudence associated with s. 92(9). The authorities establish to my satisfaction that the following question frames the relevant inquiry: can the variable fees be supported as ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme? [Emphasis added.]

52

Professor La Forest, *supra*, notes, at pp. 155-56, the potential conflict between ss. 92(2) and 92(9):

If section 92(9) is limited to direct taxation, it adds nothing to section 92(2), for there is no doubt that direct taxation may be raised under section 92(2) even though it is framed in the form of a licence. On the other hand if section 92(9) permits a province to levy indirect taxation by means of a licence, there would seem to be no limit on provincial taxing power (there being no restriction on the types of licences falling within the section) so long as a tax is framed in the form of licensing provisions. Yet the British North America Act appears to con-

analyse du caractère véritable. Il a énoncé ainsi la question pertinente (à la p. 685):

[TRADUCTION] À mon avis, il faut se demander quel est l'objet principal et réel, ou le caractère véritable, du texte législatif — les droits ou la taxe (de nature directe ou indirecte) sont-ils simplement accessoires, ou rattachés, au régime de délivrance de permis visant à réglementer ou à interdire une activité commerciale, ou encore s'agit-il essentiellement d'une imposition fiscale, ou taxation, faite d'une façon détournée?

. . .

Il ressort de l'ensemble des motifs des trois juges dans l'arrêt *LaFarge* que la cour a lié la validité du règlement visé aux coûts de la réglementation, et que l'analyse du caractère véritable ne visait pas à aller plus loin que ce point. . . .

Mon examen de la jurisprudence m'amène à supposer que l'on n'a jamais déterminé si le par. 92(9) englobe un pouvoir d'imposer des taxes indirectes qui permettront de générer des recettes excédant les coûts d'application de la réglementation. . . .

Toutefois, je dois m'empresseur d'ajouter qu'un pouvoir de taxation indirecte inclus dans le par. 92(9) permettant la perception de recettes de beaucoup supérieures aux coûts de la réglementation pourrait bien avoir comme conséquence plus grave de priver le par. 92(2) de tout sens. . . [Souligné dans l'original.]

Par conséquent, à mon avis, il est inutile d'examiner davantage la jurisprudence et la doctrine portant sur le par. 92(9). Les arrêts et les ouvrages me convainquent que l'analyse repose sur la question suivante: les frais variables peuvent-ils être justifiés parce qu'ils sont accessoires ou rattachés à un régime de réglementation provincial valide? [Je souligne.]

Le professeur La Forest, *op. cit.*, souligne, aux pp. 155 et 156, le conflit potentiel entre les par. 92(2) et 92(9):

[TRADUCTION] Si on restreint le par. 92(9) à la taxation directe, on n'ajoute rien au par. 92(2), car il ne fait aucun doute qu'une taxe directe peut être imposée en vertu du par. 92(2) même si cette taxe prend la forme d'un permis. D'autre part, si le par. 92(9) permet à une province d'imposer une taxe indirecte par voie de permis, il semblerait n'y avoir alors aucune limite au pouvoir provincial de taxation (les types de permis tombant sous le coup de ce paragraphe n'étant pas limités) dans la mesure où la taxe prendrait la forme de dispositions

template that indirect taxation should be within the sole competence of the federal Parliament. It can, of course, be argued that the dilemma does not really exist, since a distinction may be drawn between true licences and colourable attempts to raise indirect taxation; and reference may be made to the *Queen Insurance* case where the Privy Council struck down a statute providing for licensing provisions that were a pure facade. But as the *Reference re Farm Products Marketing Act* indicates, situations can arise where the levying of indirect taxation by means of licences is not a mere sham and a different test will have to be employed if the provinces are to be prohibited from indiscriminate entry into the field of indirect taxation.

As the Court stated in *Allard* at p. 402, in so far as the power pursuant to s. 92(9) comprehends indirect taxation, this power is to be strictly limited "such that it can only be used to defray the costs of regulation". Any power of indirect taxation extending beyond regulatory costs would indeed render s. 92(2) meaningless. Such a result is clearly undesirable, and is avoided, in my view, as long as the province is limited to recoupment of only the actual costs of regulation.

I agree with the Court of Appeal's observation at p. 113 that the instant appeal "is a much easier case than *Allard* for finding that a regulatory scheme exists". Carthy J.A. for the Court of Appeal commented at p. 112 as follows:

As stated earlier, it is my view that the reasons in *Allard* neatly and clearly embrace the question of the constitutionality of EDCs.

There is no question as to excessive recovery. The fees are based on specific estimates of costs and can only be released to meet actual costs. The purpose of EDCs is explicitly stated to be school construction occasioned by new development (renovations of existing facilities cannot be supported by these charges). The charges are thus most certainly ancillary or adhesive to the production of new schools. The only real question is whether this is a regulatory scheme in itself or is part of a broader scheme.

prévoyant la délivrance de permis. Pourtant, aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, la taxation indirecte paraît relever du pouvoir exclusif du Parlement fédéral. On peut certes soutenir qu'il n'y a pas là réellement de dilemme puisqu'on peut établir une distinction entre les permis véritables et les tentatives déguisées d'imposer une taxe indirecte; on peut se reporter à l'arrêt *Queen Insurance* où le Conseil privé a invalidé une loi dont les dispositions visant la délivrance de permis n'étaient qu'une pure façade. Mais comme l'indique le *Reference re Farm Products Marketing Act*, il peut arriver que l'imposition d'une taxe indirecte par voie de permis ne soit pas un simple artifice, et il faudra appliquer un critère différent si l'on veut empêcher les provinces d'entrer en toute liberté dans le champ de la taxation indirecte.

Comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Allard*, à la p. 402, dans la mesure où le pouvoir conféré au par. 92(9) englobe la taxation indirecte, l'application de ce pouvoir doit être strictement limitée «à la seule fin du financement d'un régime de réglementation». Tout pouvoir de taxation indirecte permettant la perception de recettes supérieures aux coûts de la réglementation priverait effectivement le par. 92(2) de tout sens. Un tel résultat est à l'évidence indésirable, et on peut l'éviter à mon avis dans la mesure où la province est limitée au seul recouvrement des coûts réels de la réglementation.

Je conviens avec la Cour d'appel (à la p. 113) qu'il «est beaucoup plus facile de conclure à l'existence d'un régime de réglementation en l'espèce que dans l'affaire *Allard*». Le juge Carthy a fait le commentaire suivant au nom de la cour, à la p. 112:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit auparavant, je suis d'avis que les motifs de l'arrêt *Allard* s'appliquent clairement à la question de la constitutionnalité de la REE.

La question du recouvrement excessif ne se pose pas. Les droits sont basés sur des estimations de coûts précises et ne peuvent servir qu'à couvrir les coûts réels. La REE a explicitement pour objet la construction d'écoles rendues nécessaires par les nouvelles exploitations (la rénovation d'installations existantes ne peut être financée par ces redevances). Les redevances sont donc très certainement accessoires ou rattachées à la construction de nouvelles écoles. La seule véritable question est de savoir si elles constituent un régime de réglementation en soi ou si elles font partie d'un régime plus large.

53

54

55

Regulation 268, which sets out the mechanism for the calculation and disbursement of EDCs, is meticulous in its detail, and clearly operates so as to limit recoupment to the actual costs involved in providing educational facilities occasioned by new development. As Carthy J.A. stated, the fees are based on specific estimates of costs based on detailed and comprehensive calculations. (See ss. 3-4 of Regulation 268.) The construction cost and cost of site figures used in calculating EDCs are to be approved by the Minister of Education (ss. 1, 3(9) of Regulation 268). It is important to note that EDCs can only be directed toward education capital costs made necessary by new residential development. EDC revenue cannot be used to defray capital costs associated with existing schools; this is another indication that the scheme is properly limited to the actual costs of regulation.

56

Further, EDC revenues are to be deposited in two accounts, one for revenue on account of residential development, and the second for revenue on account of commercial development (ss. 5(1)-(3)). Where two or more coterminous school boards generate EDC revenues, the proceeds are commingled in the two accounts (s. 5(4)). Significantly, funds can only be withdrawn when a specific project has been approved by the Minister of Education, and then only in an amount equal to the actual local share of the project:

5. . . .

(7) If a project is approved by the Minister of Education for the purposes of payment of a legislative grant under subsection 11 (3) of the *Education Act*, a board may withdraw from its education development charges accounts an amount up to or equal to the local share of the project for the purpose of applying the amount to the local share of the project.

Le règlement 268, qui établit de façon méticuleuse les modalités de calcul et de décaissement de la REE, vise manifestement à limiter le recouvrement aux coûts réels engendrés par la fourniture d'installations d'enseignement rendues nécessaires par les nouvelles exploitations. Comme l'a dit le juge Carthy, les droits sont basés sur une estimation précise des coûts résultant de calculs détaillés et complets. (Voir art. 3 et 4 du règlement 268.) Les frais de construction et le prix d'achat servant au calcul de la REE doivent être approuvés par le ministre de l'Éducation (art. 1, par. 3(9) du règlement 268). Il importe de faire remarquer que la REE ne peut servir qu'à couvrir les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation engendrés par les nouveaux travaux d'exploitation à des fins résidentielles. Les recettes provenant de la REE ne peuvent servir à financer les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes; c'est là une autre indication que le régime est correctement limité aux coûts réels de la réglementation.

De plus, les recettes de la REE doivent être déposées dans deux comptes, l'un étant utilisé au titre des travaux d'exploitation à des fins résidentielles, et l'autre au titre des travaux d'exploitation à des fins commerciales (par. 5(1) à (3)). Lorsque au moins deux conseils scolaires coïncidents génèrent des recettes provenant de la REE, les produits sont confondus dans les deux comptes (par. 5(4)). Fait significatif, les fonds ne peuvent être retirés que lorsqu'un projet précis a été approuvé par le ministre de l'Éducation et alors seulement pour un montant qui ne doit pas dépasser la part locale réelle du projet:

[TRADUCTION]

5. . . .

(7) Si un projet est approuvé par le ministre de l'Éducation aux fins du versement d'une subvention générale en vertu du paragraphe 11 (3) de la *Loi sur l'éducation*, le conseil peut retirer de ses comptes de redevances d'exploitation relatives à l'éducation un montant qui ne doit pas dépasser la part locale du projet aux fins de l'affectation du montant à la part locale du projet.

This provision is another indication that the EDC scheme is appropriately limited in scope, and operates only so as to defray the costs of regulation.

It is my opinion that the EDCs are indeed part of a comprehensive and integrated regulatory scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province. As the intervener the Ontario Public School Boards' Association submitted:

The regulatory regime that deals with land development and school construction includes the Provincial Government, municipalities and the school boards which are directly responsible for the construction of schools. While neither the Provincial Government nor municipalities are involved in the operation of schools, nevertheless those bodies together with the school boards have each a role to play in the regulatory process of planning for the development and construction of schools which includes land use and planning as well as the schools themselves.

The appellants suggest that in order to meet the requirements in *Allard* the regulator and the body raising the revenues must be one and the same. The appellants submit that the instant appeal goes beyond *Allard*, as the school board, the body with the authority to raise the revenue, is entirely separate from the regulator of land development, the municipality. The appellants state that there is no element of land development regulation in the ability to impose EDCs, citing in this regard *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board v. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. No. 1093.

In that case, a school board appealed zoning by-laws designed to facilitate residential development. The school board had adopted a "Residential Development Evaluation Policy Statement" for the purpose of evaluating residential development applications in light of the availability of adequate school accommodation. The school board's desire was to influence development to occur in areas of existing educational facilities. If a development

Cette disposition est une autre indication que le régime des REE est adéquatement limité dans sa portée et qu'il ne sert qu'à financer les coûts de la réglementation.

À mon avis, les REE font effectivement partie d'un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l'ensemble de l'aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l'exploitation foncière dans la province. Comme le fait observer l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario:

[TRADUCTION] Le régime qui régit l'exploitation foncière et la construction d'écoles vise le gouvernement provincial, les municipalités, et les conseils scolaires qui sont directement responsables de la construction des écoles. Bien que n'intervenant pas dans le fonctionnement des écoles, le gouvernement provincial et les municipalités ont néanmoins chacun, de concert avec les conseils scolaires, un rôle à jouer dans le processus de planification et de construction des écoles, qui englobe l'utilisation et l'aménagement du territoire, en plus des écoles elles-mêmes.

Selon les appelantes, pour satisfaire aux exigences de l'arrêt *Allard*, la réglementation et la perception des recettes doivent relever d'un seul et même organisme. Elles soutiennent que le présent pourvoi va au-delà de l'arrêt *Allard* en ce que le conseil scolaire, soit l'organisme ayant le pouvoir de prélever un revenu, est entièrement distinct de l'organisme chargé de réglementer l'aménagement du territoire, soit la municipalité. Les appelantes affirment que l'habilité à imposer la REE ne comporte aucun élément relatif à la réglementation de l'aménagement du territoire, invoquant à cet égard la décision *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board c. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. n° 1093.

Dans cette affaire, un conseil scolaire avait interjeté appel contre des règlements de zonage destinés à favoriser l'exploitation résidentielle. Le conseil avait adopté une «Residential Development Evaluation Policy Statement» aux fins d'évaluer les demandes d'exploitations résidentielles en regard de la disponibilité d'installations scolaires adéquates. Il souhaitait ainsi influencer sur l'exploitation pour qu'elle se produise dans des zones où

57

58

59

application did not meet the criteria set out in the school board's policy, the board would request the municipality not to approve the application. The by-laws in question had been enacted to facilitate land development that did not meet the school board's criteria. The school board appealed the by-laws with a view to preventing the development.

60

As authority for the proposition that the power to pass EDCs does not bring school boards within the land development regulatory scheme, the appellants refer to the following passages from *Dufferin-Peel*:

In order to assist in determining the merits of the school board appeals, a review of the [. . .] Planning Act is appropriate and specifically, the case of an official plan which is enacted by a Municipality. At the same time, one must always keep in mind that the school boards are autonomous bodies given certain jurisdictions and statutory obligations under the Education Act and other relevant statutes. Neither municipality or [sic] this Board has any jurisdiction over the operation of a school board under the Planning Act. Therefore this Board, as a result of dealing with a particular growth strategy has no jurisdiction to order a school board to build an educational facility or to build it by a certain date. Similarly, the municipality does not have such jurisdiction.

There is no question, however, that as money and funds became more limited, the Ontario Legislature enacted the Development Charges Act to assist the school boards as well as municipalities. With regard to the provision of schools, the school boards can, through passing a by-law under the Development Charges Act, apply a levy on a per unit basis which funds go towards the construction of future educational facilities. This is quite a separate and independent statute to the Planning Act.

The Legislature, in the Planning Act, has set up a framework within which school boards can anticipate and plan for additional facilities. The Legislature,

existaient déjà des installations d'enseignement. Si une demande d'exploitation ne remplissait pas les critères énoncés dans sa politique, le conseil scolaire demandait alors à la municipalité de ne pas l'approuver. Or, les règlements en cause avaient été adoptés dans le but de favoriser une exploitation qui ne correspondait pas aux critères du conseil. Ce dernier a interjeté appel contre les règlements en vue d'empêcher l'exploitation.

À l'appui de leur prétention suivant laquelle le pouvoir d'imposer la REE ne fait pas en sorte que les conseils scolaires soient inscrits dans le cadre du régime de réglementation visant l'aménagement foncier, les appelantes ont invoqué les passages suivants de la décision *Dufferin-Peel*:

[TRADUCTION] Pour apprécier le bien-fondé des appels du conseil scolaire, il convient d'examiner [. . .] la Loi sur l'aménagement du territoire et, plus précisément, le cas du plan officiel adopté par une municipalité. Parallèlement, il faut se rappeler que les conseils scolaires sont des organismes autonomes dotés de certaines compétences et à qui incombent certaines obligations en vertu de la Loi sur l'éducation et d'autres lois pertinentes. Ni la municipalité ni la présente Commission n'ont compétence sur le fonctionnement d'un conseil scolaire sous le régime de la Loi sur l'aménagement du territoire. Par conséquent, la Commission, dans l'examen d'une stratégie particulière de croissance, n'a pas compétence pour ordonner à un conseil scolaire de construire une installation d'enseignement ou de la construire pour une certaine date. La municipalité n'a pas non plus cette compétence.

On ne saurait toutefois contester que, devant l'ameusement des fonds, la législature de l'Ontario a édicté la Loi sur les redevances d'exploitation en vue de venir en aide aux conseils scolaires et aux municipalités. Pour ce qui est des écoles, les conseils scolaires peuvent, en adoptant un règlement en vertu de la Loi sur les redevances d'exploitation, imposer une contribution basée sur le nombre d'unités, dont les recettes seront affectées à la construction de futures installations d'enseignement. Cette loi est distincte et indépendante de la Loi sur l'aménagement du territoire.

Dans la Loi sur l'aménagement du territoire, la législature a établi un cadre permettant aux conseils scolaires de prévoir et de planifier les installations supplémen-

through other statutes deals with funding and the raising of capital to construct facilities and operate them.

As the Board understands this matter, the fundamental issue behind these appeals is the lack of funds for the school board to construct the required schools not a site reservation problem. The Board then finds that the school boards should seek remedies through the Ministry of Education and ultimately the Legislature. Such change may fundamentally alter the operation, function and operating complexities of the various school boards. [Appellants' emphasis throughout.]

In my view, *Dufferin-Peel* does not stand for the proposition that funding issues with respect to the capital costs of educational facilities are not related to the planning process. Rather, the Board seems to be suggesting that the rezoning stage of the planning process is not the appropriate forum for the school board's expression of funding difficulties with respect to new development. It is implied that if funding were a concern, the school board could have availed itself of the EDC scheme. To say that the school board cannot prevent development owing to funding concerns at a particular stage of the planning process, and that the school board could have used another component of the planning scheme to deal with the funding issues does not mean that funding issues are not related to the planning process. Rather, the point is that the funding issues should be addressed through those aspects of the planning framework specifically designed to deal with those issues.

The appellants also cite *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177, in support of their claim that there is a lack of integration between school construction and the regulation of land development. *Erin Mills* involved a scheme whereby the municipality required as a condition of a subdivision plan approval that developers convey school sites to the school boards, at a maximum of 75 percent of their market value. The applicant developer questioned the municipality's jurisdiction to impose restric-

taires. D'autres lois traitent du financement et du prélèvement des capitaux nécessaires à la construction des installations et à leur fonctionnement.

De l'avis de la Commission, la question fondamentale que soulèvent les présents appels est le manque de fonds pour la construction des écoles requises et non un problème de réservation d'emplacements. La Commission estime donc que les conseils scolaires devraient s'adresser au ministère de l'Éducation et en dernier ressort à la législature. Un tel changement peut modifier fondamentalement le fonctionnement complexe des divers conseils scolaires. [Souligné par les appelantes.]

À mon avis, la décision *Dufferin-Peel* ne peut servir à étayer l'argument selon lequel les questions de financement relatives aux coûts en immobilisations des installations d'enseignement ne sont pas liées au processus d'aménagement du territoire. Il semble plutôt que, de l'avis de la Commission, dans le cadre de ce processus, l'étape du rezonage n'est pas le moment approprié pour que le conseil scolaire fasse part de ses difficultés de financement à l'égard de nouvelles exploitations. Implicitement, cela signifie que si le financement constituait un problème, le conseil scolaire aurait pu se prévaloir du régime des REE. Or, dire que le conseil scolaire ne peut empêcher l'exploitation en raison de problèmes de financement à une étape particulière du processus d'aménagement du territoire, et qu'il aurait pu se prévaloir d'une autre composante du régime d'aménagement pour résoudre cette question, ne signifie pas que les questions de financement ne sont pas liées au processus d'aménagement du territoire. Cela veut plutôt dire qu'elles doivent être résolues au moyen des mécanismes expressément prévus à cette fin dans le cadre du processus d'aménagement.

Les appelantes invoquent également la décision *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177, à l'appui de leur prétention concernant l'absence d'intégration entre la construction d'écoles et la réglementation de l'exploitation foncière. Cette affaire mettait en cause un régime par lequel la municipalité subordonnait l'approbation d'un plan de lotissement à l'engagement des promoteurs de céder aux conseils scolaires les emplacements des écoles pour un montant n'excédant pas 75 pour 100 de

61

62

tions with respect to the sale price of the school sites. The Ontario Municipal Board found that the municipality did not have the authority to impose a condition to subdivision plan approval relating to the selling price of school sites. The Board stated, at p. 192, that "the power impugned must be found within the words of the statute as there is no other source. That power must be explicitly stated or be capable of necessary implication from the words that are used". (See also *Etobicoke Board of Education v. Highbury Developments Ltd.*, [1958] S.C.R. 196.)

leur valeur marchande. Le promoteur requérant a contesté la compétence de la municipalité d'imposer des restrictions quant au prix de vente des emplacements. La Commission des affaires municipales de l'Ontario a conclu que la municipalité n'avait pas compétence pour subordonner l'approbation du plan de lotissement à une condition relative au prix de vente des emplacements d'écoles. La Commission a dit, à la p. 192, que [TRADUCTION] «le pouvoir contesté doit émaner du texte de la loi étant donné qu'il n'a pas d'autre source. Ce pouvoir doit être conféré en termes exprès ou découler implicitement de la formulation utilisée». (Voir également *Etobicoke Board of Education. c. Highbury Developments Ltd.*, [1958] R.C.S. 196.)

63 The appellants rely upon the following passage, at p. 188:

[The board notes, however, that a school board and all of its facilities are quite distinct from the municipality and cannot be considered "municipal services". See *Clarkson v. Town of Alliston*, [1928] 2 D.L.R. 715 at p. 720, 62 O.L.R. 149, 10 C.B.R. 65 (Ont. S.C.) per Garrow J.:

One need not cite authorities to establish the proposition that the municipal corporation and the school boards are distinct and separate corporate bodies, each within its own field supreme. The earlier cases are all collected in *Toronto Public Sch. Bd. v. Toronto* (1901), 2 O.L.R. 727; affirmed (1902) 4 O.L.R. 468. [Appellants' emphasis.]

Les appelantes s'appuient sur le passage suivant, à la p. 188:

[TRADUCTION] La Commission fait remarquer, toutefois, qu'un conseil scolaire et l'ensemble de ses installations se distinguent nettement de la municipalité et ne peuvent être considérés comme des «services municipaux». Voir *Clarkson c. Town of Alliston*, [1928] 2 D.L.R. 715, à la p. 720, 62 O.L.R. 149, 10 C.B.R. 65 (C.S. Ont.), le juge Garrow:

Il n'est nul besoin de recourir à la jurisprudence et à la doctrine pour étayer l'énoncé selon lequel la corporation municipale et les conseils scolaires sont des personnes morales distinctes et séparées, chacune étant souveraine dans son champ de compétence. Les premières affaires sont toutes résumées dans *Toronto Public Sch. Bd. c. Toronto* (1901), 2 O.L.R. 727; confirmé par (1902) 4 O.L.R. 468. [Souligné par les appelantes.]

64 While the proposition expressed in this *obiter* passage may have been true historically, it is my view that it is no longer accurate. In fact, *Erin Mills* tends to support the respondents' view, rather than the appellants'. The impugned actions of the municipality in *Erin Mills*, by contrast, did not flow from any express statutory jurisdiction, and it was for this reason that the Ontario Municipal Board held that the conditions with respect to the sale price of school sites could not be imposed. In contrast, the power to enact EDC by-laws flows from explicit statutory language contained in the Act.

Si cet énoncé incident peut avoir eu un fondement historique, il n'est plus exact à mon avis. En fait, la décision *Erin Mills* tend à étayer la position des intimés plutôt que celle des appelantes. Les mesures contestées de la municipalité dans cette affaire ne découlaient d'aucune compétence expressément conférée par la loi, et c'est pour cette raison que la Commission des affaires municipales de l'Ontario a conclu qu'elle ne pouvait imposer les conditions relatives au prix de vente des emplacements d'écoles. Par contre, le pouvoir d'adopter le règlement imposant une REE découle explicitement de la Loi.

As noted above, the Act is one component of a comprehensive regulatory framework governing land development in Ontario, comprised of at least nine different statutes: the *Building Code Act*, R.S.O. 1990, c. B.13, the *Environmental Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. E.18, the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, the *Fire Marshals Act*, R.S.O. 1990, c. F.17, the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, the *Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.28, the *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1990, c. O.40, the *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13, and the *Conservation Authorities Act*, R.S.O. 1990, c. C.27. While the regulatory scheme of which EDCs are only a small part is clearly very complex, the complexity is necessitated by the very scope of the matter regulated — urban planning. It is only to be expected that a variety of provincial actors would be involved in the various phases of the scheme's operation. However, this fact does not serve to invalidate the regulatory nature of the scheme. In my view, the appellants impose an artificial and rigid distinction between the school board and the municipality. This distinction fails to reflect the true nature of the regulatory framework.

The construction of schools is a legitimate and crucial component of modern land use planning, schools being an essential element in the creation of successful, dynamic and democratic communities. The legislature of Ontario clearly takes the view that the cost of educational facilities made necessary by new land development should be taken into account in the land development approval process. For example, the *Planning Act* expressly provides that the “adequate provision . . . of educational facilities” and the “adequacy of school sites” are factors to be taken into account in land use planning (see ss. 2(i), 51(24)(a) and (j)). The Act itself authorizes municipalities to impose development charges not only for education but also for water mains, sewers, roads, libraries, parks and recreational facilities. The common theme is that new development should bear the costs of infrastructure necessitated

Comme je l'ai mentionné précédemment, la Loi fait partie d'un vaste cadre de réglementation de l'aménagement foncier en Ontario, formé d'au moins neuf différentes lois: la *Loi sur le code du bâtiment*, L.R.O. 1990, ch. B.13, la *Loi sur les évaluations environnementales*, L.R.O. 1990, ch. E.18, la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19, la *Loi sur les commissaires des incendies*, L.R.O. 1990, ch. F.17, la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, la *Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.28, la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.40, la *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, ch. P.13, et la *Loi sur les offices de protection de la nature*, L.R.O. 1990, ch. C.27. Si le régime de réglementation dont les REE ne sont qu'une petite partie est manifestement très complexe, cette complexité s'explique du fait même de l'ampleur du domaine réglementé — l'aménagement urbain. Il n'est que normal qu'une variété d'acteurs provinciaux interviennent dans les diverses phases du fonctionnement du régime. Toutefois, cela n'annule pas la nature réglementaire du régime. À mon avis, les appelantes établissent une distinction artificielle et rigide entre le conseil scolaire et la municipalité. Cette distinction ne reflète pas la nature véritable du cadre de réglementation.

La construction d'écoles est une composante légitime et cruciale de l'aménagement du territoire de nos jours, les écoles étant un élément essentiel de la réussite de nouvelles collectivités dynamiques et démocratiques. La législature de l'Ontario est manifestement d'avis que le coût des installations d'enseignement rendues nécessaires par les nouvelles exploitations foncières doit entrer en considération dans le processus d'approbation de l'exploitation foncière. Par exemple, la *Loi sur l'aménagement du territoire* dispose expressément que «la mise en place et la répartition adéquates de services éducatifs» ainsi que «le caractère adéquat des emplacements scolaires» sont des facteurs à prendre en considération dans l'aménagement du territoire (al. 2i) et 51(24)a) et j)). La Loi elle-même autorise les municipalités à imposer des redevances d'exploitation non seulement pour l'éducation, mais aussi pour les réseaux d'aqueduc

by the new development. Further, just as the gravel excavators in *Allard* benefitted from the regulatory scheme in terms of road improvements, so too do the developers receive a considerable benefit from the EDC scheme: a development with adequate amenities. The presence of adequate school facilities clearly contributes to the marketability of a new home.

et d'égouts, les routes, les bibliothèques, les parcs et les installations récréatives. Le thème commun est que les nouvelles exploitations doivent assumer les coûts des infrastructures qu'elles nécessitent. De plus, de même que les exploitants de gravières dans l'affaire *Allard* bénéficiaient du régime de réglementation sous forme d'amélioration des routes, de même les promoteurs profitent considérablement du régime des REE: une exploitation dotée des services publics adéquats. En effet, la présence d'installations scolaires adéquates contribue de toute évidence à la qualité marchande d'une nouvelle maison.

67 For the foregoing reasons, it is my opinion that EDCs are properly adhesive to the province's planning and development regime, and accordingly, are *intra vires* the province of Ontario pursuant to ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que les REE se rattachent légitimement au régime d'aménagement et d'exploitation du territoire de la province, et qu'elles relèvent donc de la compétence de la province d'Ontario sous le régime des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

D. *Section 93(1): Denominational Rights and Privileges*

D. *Le paragraphe 93(1): Droits et privilèges confessionnels*

68 As Part III of the Act is an education financing scheme, it is subject to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Accordingly, nothing in Part III may "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". The appellants submit that the EDC scheme prejudicially affects the rights of separate school supporters (a) to a proportionate share of all public monies, apart from local assessments; and (b) to be exempt from paying assessments for public school purposes.

Comme la partie III de la Loi établit un régime de financement de l'éducation, elle est assujettie au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, rien dans la partie III ne peut «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». Les appelantes soutiennent que le régime des REE porte atteinte aux droits des contribuables des écoles séparées a) de recevoir une part proportionnelle de tous les fonds publics, indépendamment des cotisations locales, et b) d'être exemptés du paiement des cotisations aux fins des écoles publiques.

69 It is important at the outset to identify the constitutional value that s. 93(1) reflects as part of the constitutional fabric of our country. We heard much in argument about principles of equality, proportionality, fairness and discrimination. However, many of these submissions failed to articulate the perspective that needs to be borne in mind when considering s. 93(1).

Au départ, il importe de définir la valeur constitutionnelle que reflète le par. 93(1) en tant qu'élément de la structure constitutionnelle sur laquelle repose notre pays. On a beaucoup débattu devant nous des principes relatifs à l'égalité, la proportionnalité, l'équité et la discrimination. Toutefois, une bonne partie de l'argumentation présentée ne tient pas compte de la perspective dans laquelle le par. 93(1) doit être analysé.

Section 20 of the *Scott Act*

The appellants cite s. 20 of the *Scott Act* as the source of the right to a proportionate share of all public monies. But I reiterate that it is important to consider the purpose and history of s. 93, before considering the role of the *Scott Act*, the question of proportionality and the other arguments raised by the parties. In *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, *supra*, beginning at p. 1173, Wilson J. for the majority outlined the background to s. 93. She noted the importance of denominational educational rights at the time of Confederation, and that the framers of the Constitution viewed s. 93 in terms of a guarantee of equality. The purpose of s. 93 was to ensure that the Roman Catholic minorities of Upper Canada and the Maritime Provinces, and the Protestant minority of Lower Canada would, in the words of Lord Carnarvon, “stand on a footing of entire equality”. Wilson J. also referred to Sir Charles Tupper’s comments to the House of Commons in 1896, to the effect that without s. 93, Confederation would not have been possible. At p. 1176 she emphasized that:

While due regard must be paid not to give a provision which reflects a political compromise too wide an interpretation, it must still be open to the Court to breathe life into a compromise that is clearly expressed. The contextual background of s. 93 is being reviewed in these reasons not for the purpose of enlarging upon the compromise but in order to confirm its precise content. The contextual background suggests that part of the compromise was that future legislation on the part of the province with respect to separate denominational schools was permissible. The province was to be able to grant new rights and privileges to denominational schools after Union in response to new conditions but that subsequent repeal of those post-Union rights or privileges would be subject to an appeal to the Governor General in Council.

Wilson J. also observed at p. 1177 that, pursuant to the language of s. 93(1) itself, “the scope of the rights and privileges protected under the section must be determined by ascertaining the rights and

L’article 20 de la *Loi Scott*

Les appelantes invoquent l’art. 20 de la *Loi Scott* comme source du droit à une part proportionnelle de tous les fonds publics. Mais, je le répète, il importe d’examiner l’objet et l’historique de l’art. 93, avant d’analyser le rôle de la *Loi Scott*, la question de la proportionnalité et les autres arguments soulevés par les parties. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, précité, à partir de la p. 1173, le juge Wilson, s’exprimant au nom de la Cour à la majorité, a dégagé le contexte dans lequel s’inscrit l’art. 93. Soulignant l’importance que revêtaient à l’époque de la Confédération les garanties confessionnelles en matière d’éducation, elle a expliqué que, dans l’esprit des rédacteurs de la Constitution, l’art. 93 constituait une garantie d’égalité. Cet article avait pour objet de veiller à ce que les minorités catholiques romaines du Haut-Canada et des provinces Maritimes, ainsi que la minorité protestante du Bas-Canada soient traitées, selon les mots de lord Carnarvon, [TRADUCTION] «sur un pied de parfaite égalité». Le juge Wilson s’est également reporté aux observations faites par sir Charles Tupper à la Chambre des communes en 1896 et selon lesquelles la Confédération n’aurait pas été possible sans l’art. 93. Elle a souligné, à la p. 1176:

Bien qu’il faille se garder d’interpréter d’une manière trop large une disposition qui traduit un compromis politique, il doit tout de même être loisible à la Cour d’insuffler la vie à un compromis clairement exprimé. L’étude du contexte de l’art. 93 entreprise dans les présents motifs vise non pas à expliquer le compromis qui est intervenu, mais à en confirmer la nature exacte. Or, le contexte indique que le compromis consistait en partie à permettre à la province de légiférer relativement aux écoles confessionnelles séparées. La province devait être habilitée à conférer des droits et privilèges nouveaux aux écoles confessionnelles après l’Union pour faire face à des situations nouvelles, mais l’abolition subséquente des droits ou privilèges ainsi conférés pourrait faire l’objet d’un appel au gouverneur général en conseil.

Le juge Wilson a également fait observer, à la p. 1177, que, suivant le texte même du par. 93(1), «la portée des droits et privilèges garantis par l’article doit être déterminée en vérifiant les droits et privi-

privileges in existence at the time of the Union". The *Scott Act*, as Wilson J. noted, "was the last statute pertaining to separate schools enacted prior to Confederation" (p. 1186). She discussed the purpose of s. 20 of the *Scott Act*, and its relationship to s. 120 of the *Common Schools Act* of 1859, at pp. 1193-96:

The whole purpose of these two sections was to preserve the separate school system. 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. However, by interpreting "otherwise appropriated by law" as permitting appropriations to schools other than "common schools" serving the majority, the Privy Council created a result quite contrary to the one which seems to have been intended by the draftsmen of the *Scott Act*. It created a situation where the schools of the majority could be fully funded by the Legislature but the separate schools' funding was dependent upon the grace, generosity and good will of the Legislature. This hardly seems consonant with the purpose of the *Scott Act*, which, as stated in its preamble, was 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

The view expressed by Anglin C.J. in this Court's decision in *Tiny* at pp. 678-79 seems apposite:

To exclude from the additional monetary benefits in which the right to "a share" was conferred on the separate schools in 1863 grants "for a common school purpose" . . . would defeat the apparent intention of the Legislature in 1863 to put separate schools on a footing of absolute equality with common schools in regard to all grants, municipal or legislative, of public moneys.

If, therefore, a grant of public moneys is made by the Legislature or by a municipal authority to aid or assist in the carrying out of what would in 1867 have been

lèges qui existaient au moment de l'Union». La *Loi Scott*, a souligné le juge Wilson, «fut la dernière loi concernant les écoles séparées à être adoptée avant la Confédération» (p. 1186). Elle a examiné, aux pp. 1193 à 1196, l'objet de l'art. 20 de la *Loi Scott* et son rapport avec l'art. 120 de la *Common Schools Act* de 1859:

L'objet même de ces deux articles était de préserver le système des écoles séparées. 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. Mais, en interprétant l'expression [TRADUCTION] «que la loi n'affecte pas à d'autres fins» comme autorisant des affectations de fonds à d'autres écoles que les «écoles communes» desservant la majorité, le Conseil privé arrive à un résultat tout à fait contraire à celui que semblent avoir voulu les rédacteurs de la *loi Scott*. Il crée une situation où les écoles de la majorité peuvent être entièrement financées par l'assemblée législative, mais où les fonds affectés aux écoles séparées dépendent de sa mansuétude, de sa générosité et de son bon vouloir. Cela semble difficilement compatible avec l'objet de la *loi Scott*, lequel est, selon son préambule, de:

... réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlent les écoles séparées et celles des écoles communes: . . .

Le point de vue exprimé par le juge en chef Anglin, aux pp. 678 et 679 de l'arrêt *Tiny* de cette Cour, semble particulièrement pertinent:

[TRADUCTION] Exclure les subventions «aux fins des écoles communes» des avantages monétaires supplémentaires que le droit à «une part» a accordé en 1863 aux écoles séparées [. . .] aurait pour effet de contrecarrer l'intention manifeste du législateur, en 1863, de placer les écoles séparées sur un pied d'égalité absolue avec les écoles communes en ce qui concerne toutes les affectations, municipales ou législatives, de fonds publics.

Donc, si le législateur ou une autorité municipale octroie des deniers publics pour venir en aide ou porter assistance à la réalisation de ce qui, en 1867, aurait

deemed a common school purpose, either it must be so made that it is apportionable between the common schools (or their present day successors) and the separate schools, or compensation to the latter for their proportion of such grant must be provided for.

... s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* was intended to give constitutional value to the rights and privileges conferred in the *Scott Act* and the *Common Schools Act* of 1859. Section 93(1) should, in my view, be interpreted in a way which implements its clear purpose which was to provide a firm protection for Roman Catholic education in the Province of Ontario and Protestant education in the Province of Quebec. To interpret the provisions of the *Scott Act* and the *Common Schools Act* of 1859 in the way in which the Privy Council interpreted them in *Tiny* is to render this constitutionalized protection illusory and wholly undermine this historically important compromise.

It is clear that if the foregoing right was to be meaningful an adequate level of funding was required to support it. This Court held unanimously in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, that the right of dissentient schools in Quebec to a proportionate share of government funding was a right protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Likewise, in my view, the right of separate schools in Ontario. They were entitled to the proportionate funding provided for in s. 20 of the *Scott Act*. This conclusion, it seems to me, is fully consistent with the clear purpose of s. 93, namely that the denominational minority's interest in a separate but suitable education for its children be protected into the future.

Even if EDCs could be characterized as "grants", it should be noted that s. 20 has never applied to capital grants. As the respondents have submitted, "[t]he concept of equal per pupil local grants measured on an annual basis cannot be applied sensibly to capital grants for assets that are to be used over a number of years. It would be absurd to require the Province to fund the construction of an unneeded separate school simply because the local public school board needed and received provincial funding for a new school". The current education funding model in Ontario is in one sense inconsistent with s. 20 of the *Scott Act* in

été réputé constituer une fin des écoles communes, ou bien les fonds affectés doivent être partagés entre les écoles communes (ou celles qui les ont remplacées aujourd'hui) et les écoles séparées, ou bien une indemnité pour leur part de cette subvention doit leur être versée.

... le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* était destiné à conférer une valeur constitutionnelle aux droits et privilèges attribués par la *loi Scott* et la *Common Schools Act* de 1859. Le paragraphe 93(1) devrait, à mon avis, être interprété de manière à réaliser son objet manifeste qui est d'accorder une solide protection à l'enseignement catholique dans la province de l'Ontario et à l'enseignement protestant dans la province de Québec. Interpréter les dispositions de la *loi Scott* et de la *Common Schools Act* de 1859 comme l'a fait le Conseil privé dans son arrêt *Tiny* a pour effet de rendre illusoire cette garantie constitutionnelle et de miner totalement cet important compromis historique.

Il est manifeste que, pour que le droit précité ait un sens, il doit s'accompagner d'une affectation de fonds adéquate. Cette Cour a conclu à l'unanimité, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, que le droit des écoles dissidentes au Québec à une part proportionnée du financement assuré par le gouvernement est un droit garanti par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, on peut en dire autant du droit des écoles séparées en Ontario. Elles avaient droit au financement proportionnel prévu par l'art. 20 de la *loi Scott*. Cette conclusion, me semble-t-il, est tout à fait conforme à l'objet manifeste de l'art. 93, savoir que l'intérêt de la minorité confessionnelle à ce que ses enfants reçoivent un enseignement séparé mais adéquat soit garanti pour l'avenir.

Même si les REE pouvaient être considérées comme des «subventions», soulignons que l'art. 20 n'a jamais été appliqué aux subventions pour immobilisations. Comme le font valoir les intimés, [TRADUCTION] «[l]e concept de subventions locales identiques calculées annuellement en fonction du nombre d'élèves ne peut logiquement être appliqué aux subventions pour immobilisations pour des biens dont l'utilisation s'étendra sur un certain nombre d'années. Il serait absurde d'exiger de la province qu'elle finance la construction d'une école séparée non nécessaire du simple fait que le conseil scolaire public local a reçu les fonds pro-

that it operates on a provincial, rather than on a local basis to provide equal per pupil resources for a base level of education services, and in that it only considers local assessment wealth in fixing grants, but not the grant level enjoyed by the coterminous school board. However, recent jurisprudence, including *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at p. 402, has continued to emphasize that a formalistic interpretation of s. 93(1) may not in fact protect the substance of the guarantee contained therein:

It is true that the rights or privileges under ordinary law to which s. 93(1) refers have been frozen at Confederation. But just like the basic provincial power which, as Viscount Cave explained, was not "stereotyped" at the Union, the exception to that power has also matured over time through judicial interpretation. The approach courts have taken to the interpretation of the expression "with respect to Denominational Schools" in cases such as *Hull, supra*, . . . demonstrates that the law in force "at the Union" cannot on its own set the content of the constitutional rights in s. 93(1).

73

Accordingly, I find myself in agreement with the respondents' submission that s. 20 of the *Scott Act* does not impose "a procrustean obligation of proportionality in its strict terms". In my view, when one reviews the history and purpose of s. 93(1), the principle of proportionality can be seen for what it really is, namely, the means to a constitutional end which is equality of educational opportunity. Moreover, as I have noted above, the entire system of provincial grants in Ontario has not been based on actual proportionality since early in the century. The departure from strict, formalistic proportionality was made because it had led to a serious inequality of educational opportunity. While the notion of proportionality contained in s. 20 of the *Scott Act* is a constitutional right embodied in s. 93(1), the substantive purpose of this notion must be borne in mind: the achieve-

vinciaux dont il avait besoin pour une nouvelle école». Le mode actuel de financement de l'éducation en Ontario est en un sens incompatible avec l'art. 20 de la *Loi Scott*, en ce qu'il se place au niveau provincial et non local pour assurer l'égalité des ressources par élève quant aux services d'enseignement de base, et en ce qu'il ne tient compte, dans la fixation du montant de la subvention, que de la valeur de l'assiette foncière locale, et non de l'affectation de fonds dont jouit le conseil scolaire coïncident. Toutefois, la jurisprudence récente, dont l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, à la p. 402, continue de mettre en garde contre une interprétation formaliste du par. 93(1) qui risquerait de ne pas protéger l'essence de la garantie qu'elle renferme:

Certes, les droits ou privilèges résultant de textes législatifs ordinaires, dont parle le par. 93(1), sont figés depuis la Confédération. Mais tout comme la compétence provinciale de base, qui selon le vicomte Cave n'a pas été «stéréotypée» lors de l'Union, l'exception à cette compétence a également évolué au cours des années sous l'effet de l'interprétation judiciaire. La façon dont les tribunaux ont abordé l'interprétation de l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» dans des causes comme l'affaire *Hull*, précitée, [. . .] démontre que la loi en vigueur «lors de l'Union» ne suffit pas à elle seule pour déterminer la nature du droit constitutionnel que garantit le par. 93(1).

En conséquence, je souscris à l'argument des intimés selon lequel l'art. 20 de la *Loi Scott* n'impose pas [TRADUCTION] «une obligation stricte de proportionnalité digne de Procuste». À mon avis, l'étude de l'historique et de l'objet du par. 93(1) nous permet de découvrir la véritable nature du principe de la proportionnalité, savoir un moyen pour atteindre une fin constitutionnelle — l'égalité des chances en matière d'éducation. De plus, comme je l'ai signalé précédemment, le système global de subventions provinciales en Ontario n'est pas fondé sur la proportionnalité véritable depuis le début du siècle. On s'est en effet écarté de la proportionnalité stricte et formelle parce que celle-ci avait conduit à une grave inégalité des chances en matière d'éducation. Bien que la notion de proportionnalité que renferme l'art. 20 de la *Loi Scott* soit un droit constitutionnel consacré au par. 93(1),

ment of an educational system that distributes provincial funds in a fair and non-discriminatory manner to common and separate schools alike. This is the substantive guarantee offered by s. 93(1). As the Court per Gonthier J. stated in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 567:

When we speak of equality, this must be understood in the sense of equivalence and not that of strict quantitative identity, as Chouinard J. noted in *Greater Hull, supra*, at p. 591:

Proportionality is more significant. Whether on the basis of total population or that of school attendance, the principle of a fair and non-discriminatory distribution is recognized. [Emphasis added by Gonthier J.]

This guarantee has been embodied in the principle set out in s. 122 of the *Education Act*, the successor of s. 20 of the *Scott Act*: “Every separate school shall share in the legislative grants in like manner as a public school”. I agree with the respondents’ submission that “[t]he principle in s. 122 of the *Education Act*, which is legally impressed upon the [*Development Charges Act*] . . . honours the obligation for a fair and non-discriminatory distribution, and subsumes and supersedes any obligation of proportionality that might have been imposed by s. 20 of the *Scott Act*”. The EDC scheme established by Part III of the Act is integrated with the funding model established by the *Education Act*. The scheme permits school boards to build schools without recourse to the local assessment base, recovering the financial resources needed on a per-pupil basis to build schools in areas of new growth. Provincial grants, combined with EDCs, ensure that all school boards, separate and public, can meet the demand for educational services and facilities. Part III of the Act treats public and separate boards and their respective supporters equally; both public and separate boards have an equal ability to enact EDC by-laws. The needs of both public and separate school boards are dealt with in a fair and non-discriminatory manner. Therefore, in my view, the

il ne faut pas perdre de vue l’objet fondamental de cette notion: la création d’un système d’enseignement en vertu duquel les fonds provinciaux sont répartis de manière équitable et sans discrimination entre les écoles communes et les écoles séparées. Telle est la garantie fondamentale offerte par le par. 93(1). Comme l’a dit la Cour (le juge Gonthier) dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 567:

Lorsque l’on parle d’égalité, il faut l’entendre dans le sens d’équivalence et non dans celui d’identité quantitative stricte, ainsi que l’exprime le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, à la p. 591:

Ce qui importe davantage c’est la proportionnalité. Qu’elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est reconnu d’une répartition équitable et sans discrimination. [Souligné par le juge Gonthier.]

Cette garantie a été incorporée dans le principe qu’énonce l’art. 122 de la *Loi sur l’éducation*, lequel a remplacé l’art. 20 de la *Loi Scott*: «Les écoles séparées doivent recevoir une part des subventions générales de la même façon que les écoles publiques». Je souscris à l’argument des intimés selon lequel [TRADUCTION] «[l]e principe de l’art. 122 de la *Loi sur l’éducation*, qui marque légalement de son empreinte la [*Loi sur les redevances d’exploitation*] [. . .] respecte l’obligation d’une répartition équitable et sans discrimination, et englobe et supplante toute obligation de proportionnalité qu’aurait pu imposer l’art. 20 de la *loi Scott*». Le régime des REE établi par la partie III de la Loi est intégré au mécanisme de financement instauré par la *Loi sur l’éducation*. En vertu de ce régime, les conseils scolaires sont autorisés à construire des écoles sans recourir à l’assiette locale, obtenant d’après le nombre d’élèves les ressources financières requises pour construire des écoles dans les nouvelles zones de croissance. Les subventions provinciales, combinées aux REE, font en sorte que tous les conseils scolaires, séparés et publics, puissent répondre à la demande de services et d’installations d’enseignement. La partie III de la Loi accorde un traitement égal aux conseils publics et séparés et à leurs contribuables respectifs; les deux conseils sont habilités de la même

EDC scheme cannot be said to affect prejudicially the denominational rights embodied in s. 93(1).

Section 14 of the *Scott Act*

75

The appellants cite s. 14 of the *Scott Act* as the source of the right of separate school supporters to be exempt from paying assessments for public school purposes. Section 14 provided that separate school supporters "shall be exempted from the payment of all rates imposed for the support of Common Schools, and of Common School Libraries, or for the purchase of land or erection of buildings for Common School purposes". However, it is my view that EDCs are not "rates" within the meaning of s. 14. A rate in this sense means the annual taxes payable by an individual on land, calculated by assessing the value of the land and applying to that value the "rate" established annually by the taxing authority (cf. *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977), vol. 2; and *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346 (C.A.)). A rate is a fixed percentage of value, applied equally to all properties within the jurisdiction, rather than a uniform charge applicable only to certain classes of property with no reference to property values. I agree with the respondents that EDCs are a new source of funds, neither a rate nor a grant, that was not contemplated by the legislation at the time of Confederation. EDCs, like other charges used to finance municipal infrastructure like sidewalks and sewers, are a secular source of funds. Those paying EDCs are not identified by school support, and the proceeds are not identified as belonging to one school board or the other. As noted above, the proceeds are commingled. Again, I agree with the submission of the respondents that this secular character is entirely appropriate, as money raised under the by-law of one school board may be used to build schools needed by the coterminous board. Further, the development from which EDCs flow will be owned and occupied by supporters of each

manière à adopter des règlements prévoyant l'imposition d'une REE. Les besoins des conseils publics et séparés sont traités équitablement et sans discrimination. Par conséquent, à mon avis, on ne peut dire que le régime des REE porte atteinte aux droits confessionnels consacrés au par. 93(1).

L'article 14 de la *Loi Scott*

Les appelantes citent l'art. 14 de la *Loi Scott* comme source du droit des contribuables des écoles séparées d'être exemptés du paiement de cotisations aux fins des écoles publiques. En vertu de cet article, le contribuable d'une école séparée «sera exempt de toutes taxes imposées pour le soutien des écoles communes et des bibliothèques des écoles communes, ou pour l'achat de terrains ou construction de bâtisses pour les écoles communes». À mon avis, toutefois, les REE ne sont pas des «taxes» au sens de l'art. 14, c'est-à-dire des cotisations annuelles payables par une personne sur un terrain, calculées en fonction de la valeur du terrain et en appliquant à cette valeur une «cotisation» établie annuellement par l'autorité taxatrice (voir *Jowitt's Dictionary of English Law* (2^e éd. 1977), vol. 2; et *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346 (C.A.)). Une cotisation est un pourcentage fixe de la valeur, appliquée également à tous les biens du ressort, et non une redevance uniforme applicable uniquement à certaines catégories de biens sans égard à leur valeur. Je suis d'accord avec les intimés pour dire que les REE constituent une nouvelle source de fonds, ni taxe ni subvention, que le législateur n'avait pas envisagée au moment de la Confédération. Les REE, comme les autres redevances servant à financer les infrastructures municipales tels les trottoirs et les égouts, sont une source séculière de fonds. Ceux qui paient la redevance ne sont pas identifiés selon le système scolaire auquel ils contribuent, et les recettes n'appartiennent pas à un conseil scolaire en particulier. Comme je l'ai indiqué précédemment, les recettes sont confondues. Encore là, je souscris à l'argument des intimés selon lequel ce caractère séculier est tout à fait approprié, les sommes recueillies en vertu du règlement d'un conseil scolaire pouvant servir à construire les écoles dont a besoin le conseil coïncident. De plus,

system from time to time over the life of the new schools.

E. *Sections 2(a) and 15 of the Charter*

The intervener Seto challenges the validity of the EDC scheme on the basis that it violates her rights to equality under the law and to religious freedom under ss. 2(a) and 15 of the *Charter*. She submits that as EDCs can be levied by Roman Catholic Separate School Boards on all new homes, whereas supporters of other religions do not have this ability to impose EDCs, the scheme is violative of the *Charter*. The intervener acknowledges that in so far as the EDC scheme falls within s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, it is immune from *Charter* scrutiny.

It is my view, as set out above, that the EDC scheme, as established by Part III of the Act, pursues the constitutionally required objective of providing separate schools with funding that is on par with the funding received by public schools. As a right or privilege enjoyed by separate schools at Confederation, this form of legislation is required by the provisions of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. As such, the legislation is immune from scrutiny under the *Charter*. As Wilson J. stated in *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, *supra*, at pp. 1197-98:

I have indicated that the rights or privileges protected by s. 93(1) are immune from *Charter* review under s. 29 of the *Charter*. I think this is clear. What is less clear is whether s. 29 of the *Charter* was required in order to achieve that result. In my view, it was not. I believe it was put there simply to emphasize that the special treatment guaranteed by the constitution to denominational, separate or dissentient schools, even if it sits uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter* because not available to other schools, is nevertheless not impaired by the *Charter*. It was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution, particularly a

les unités de l'exploitation qui a entraîné l'imposition de la REE seront possédées et occupées par des contribuables de chaque système pendant tout le temps que les nouvelles écoles seront en fonction.

E. *L'alinéa 2a) et l'article 15 de la Charte*

L'intervenante Seto conteste la validité du régime des REE pour le motif qu'il viole ses droits à l'égalité devant la loi et à la liberté de religion garantis par l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte*. Elle soutient que, étant donné que la REE peut être imposée par des conseils d'écoles catholiques séparées sur toutes les nouvelles maisons alors que les contribuables d'autres religions ne sont pas habilités à imposer une telle redevance, le régime contrevient à la *Charte*. L'intervenante convient que, dans la mesure où le régime des REE relève du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il échappe à tout examen fondé sur la *Charte*.

À mon avis, comme je l'ai indiqué précédemment, le régime des REE tel qu'établi par la partie III de la Loi est conforme à l'objectif exigé par la Constitution visant à fournir aux écoles séparées un financement équivalent à celui que reçoivent les écoles publiques. En tant que droit ou privilège dont jouissaient les écoles séparées au moment de la Confédération, ce genre de disposition législative est requis par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*. Comme l'a dit le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, précité, aux pp. 1197 et 1198:

J'ai indiqué que les droits ou privilèges garantis par le par. 93(1) ne peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 29 de la *Charte*. J'estime que cela est clair. Ce qui est moins clair, c'est la question de savoir si l'art. 29 de la *Charte* était nécessaire pour atteindre ce résultat. J'estime que la réponse est non. Je crois qu'on l'a placé là simplement pour souligner que la *Charte* ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte* du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres disposi-

76

77

provision such as s. 93 which represented a fundamental part of the Confederation compromise.

VI. Conclusions and Disposition

78 The following conclusions emerge from the foregoing analysis. First, owing to the serious and complex nature of the issues before the Court, I have assumed, without deciding, that the appellants have standing. However, I wish to be clear that efforts to bootstrap standing by way of interveners are to be discouraged. Second, Part III of the Act authorizes the imposition of an indirect tax contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. However, the EDC scheme is *intra vires* the Legislature of Ontario as ancillary to a valid regulatory scheme of land use planning, pursuant to ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. Third, the EDC scheme does not prejudicially affect a right or privilege with respect to denominational schools contrary to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Finally, the EDC scheme is immune from *Charter* scrutiny, for the reasons articulated by Wilson J. in *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*.

79 Accordingly, I would dismiss the appeal. The parties have agreed that there should be no order as to costs.

Addendum

80 Since the preparation of the foregoing reasons, I have had the opportunity to read Justice La Forest's reasons in this case, which have prompted me to make the following additional comments.

81 First, I note that underlying my colleague's approach is an insistence upon categorizing the EDCs as "land taxes", while ignoring their true nature. What was said by Lord Simon in *Atlantic*

tions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis fédéral.

VI. Conclusions et dispositif

De l'analyse qui précède émergent les conclusions suivantes. Premièrement, étant donné la nature sérieuse et complexe des questions soumises à la Cour, j'ai présumé, sans en décider, que les appelantes avaient qualité pour agir. Toutefois, qu'il soit bien clair que nous décourageons tout effort pour compenser par le biais d'intervenants les lacunes au chapitre de la qualité pour agir. Deuxièmement, la partie III de la Loi autorise l'imposition d'une taxe indirecte, ce qui va à l'encontre du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, le régime des REE relève de la compétence de la législature de l'Ontario parce qu'il est accessoire à un régime valide de réglementation de l'aménagement du territoire, conformément aux par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Troisièmement, le régime des REE ne porte pas atteinte à un droit ou privilège conféré à l'égard des écoles confessionnelles par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, le régime des REE échappe à tout examen fondé sur la *Charte*, pour les motifs énoncés par le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les parties ont consenti à ce qu'il n'y ait pas d'ordonnance relative aux dépens.

Addendum

Depuis la rédaction des motifs qui précèdent, j'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge La Forest dans la présente affaire, ce qui m'incite à ajouter les commentaires qui suivent.

Premièrement, je note que, dans son analyse, mon collègue insiste pour classer les REE dans la catégorie des «taxes foncières», mais qu'il ne tient pas compte de leur vraie nature. Ce qu'a dit lord

Smoke Shops, Ltd., *supra*, is equally applicable here. He states, at p. 565:

Their Lordships are of opinion that Lord Cave's reference in his judgment in the *Fairbanks*' case to "two separate and distinct categories" of taxes, "namely, those that are direct and those which cannot be so described", should not be understood as relieving the courts from the obligation of examining the real nature and effect of the particular tax in the present instance, or as justifying the classification of the tax as indirect merely because it is in some sense associated with the purchase of an article.

La Forest J. takes issue with my general, descriptive discussion of the characteristics of land taxes. It is true, as I have stated, that not all taxes that have been held to be land taxes were "assessed as a percentage of the value of the land, or as a fixed charge per acre". However, this is a usual, but not necessary, characteristic. The point that the assessment of the tax is not based upon the value of the land is simply further illustration that in this case, while tied loosely to the land, the charges in question do not seek to tax land *qua* land. In characterizing EDCs as land taxes, my colleague has oversimplified the nature of the scheme, and overlooks the ways in which EDCs are novel and unlike any known form of taxation. Indeed, I note that, while La Forest J. states, at para. 91, that the EDCs are imposed "on the owner of land on which new dwelling units and commercial developments are constructed", the charges are not in fact imposed on the owner of the land *per se*; rather, the legislation is phrased so as to impose the charges on persons seeking building permits as a condition of obtaining a permit. The crucial inquiry is the object and purpose of the scheme, not simply its formal or superficial characteristics.

La Forest J. emphasizes that several of the cases have categorized taxes as land taxes even when it was clear that the incidence was indirect, the best example being the *Fairbanks* case. As I have stated, however, it is my opinion that, while the

Simon dans *Atlantic Smoke Shops, Ltd.*, précité, à la p. 565, s'applique également en l'espèce:

[TRADUCTION] Leurs seigneuries sont d'avis que la mention de «deux catégories distinctes» de taxes, «soit celles qui sont directes et celles qui ne peuvent se décrire ainsi», que fait lord Cave dans ses motifs de l'arrêt *Fairbanks*, ne devrait pas être interprétée comme relevant les tribunaux de leur obligation d'examiner la nature et l'effet véritables de la taxe en cause en l'espèce, ou comme justifiant de la classer dans la catégorie des taxes indirectes simplement parce qu'elle est associée d'une certaine façon à l'achat d'un article.

Le juge La Forest conteste mon analyse générale et descriptive des caractéristiques des taxes foncières. Comme je l'ai mentionné, il est exact que ce ne sont pas toutes les taxes qualifiées de taxes foncières qui ont été «calculées en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre». Cependant, il s'agit là d'une caractéristique habituelle, mais non nécessaire. L'argument selon lequel l'évaluation de la taxe n'est pas fondée sur la valeur du terrain n'est qu'une autre illustration que les redevances en question, même si elles se rattachent vaguement au terrain, ne visent pas à taxer ce terrain en tant que tel. Lorsqu'il qualifie les REE de taxes foncières, mon collègue simplifie trop la nature du régime et ne tient pas compte des aspects qui font des REE un mode de taxation nouveau et différent de tout autre mode de taxation connu. En fait, bien que le juge La Forest affirme, au par. 91, que les REE sont imposées «aux propriétaires des terrains sur lesquels sont construits de nouveaux logements et de nouveaux bâtiments commerciaux», ces redevances ne sont pas en réalité imposées aux propriétaires des terrains en soi; la loi est plutôt formulée de façon à les imposer aux personnes qui cherchent à obtenir un permis de construire et ce, à titre de condition de délivrance de ce permis. L'examen fondamental vise l'objet et le but du régime et non seulement ses caractéristiques formelles ou apparentes.

Le juge La Forest fait ressortir que plusieurs des arrêts ont classé des taxes dans la catégorie des taxes foncières même dans le cas où il était clair qu'elles avaient une incidence indirecte, le meilleur exemple étant l'arrêt *Fairbanks*. Toutefois,

jurisprudence reveals that land taxes are generally direct taxes, the cases do not prevent a tax on land by itself from being treated as an indirect tax. To repeat, the EDCs are simply not true land taxes in the traditional sense. Rather, the EDC scheme is indirect taxation which is ancillary to a constitutionally valid provincial regulatory regime. My colleague's contention, at para. 139, that I have attempted "by the use of the Mill's test to transform what in all other respects falls within the category of a land tax, and so converts a direct tax into an indirect tax" is, therefore, beside the point.

comme je l'ai mentionné, je suis d'avis que, bien que la jurisprudence indique que les taxes foncières sont en règle générale des taxes directes, elle n'interdit pas de traiter comme une taxe indirecte une taxe foncière en soi. Je le répète, les REE ne sont simplement pas de vraies taxes foncières dans le sens traditionnel. Le régime des REE est plutôt une taxation indirecte qui est accessoire à un régime de réglementation provincial valide sur le plan constitutionnel. L'affirmation de mon collègue, au par. 139, selon laquelle je tente, «par l'utilisation du critère de Mill, de transformer ce qui, à tous les autres points de vue, se classe dans la catégorie des taxes foncières, et de convertir ainsi une taxe directe en taxe indirecte», n'a donc rien à voir avec la question.

84 Finally, I wish to address my colleague's concern with respect to the application of the *Allard* approach in this case. He seems to imply, at para. 93, that I have assumed that "the grant of a power to regulate, *ipso facto*, carries with it the power to levy the financial resources necessary to give effect to a regulatory scheme". He also seems to be concerned that I have not used the words "pith and substance"; however, it is my opinion that the use of such terminology would not change the analysis or conclusion. Indeed, the "ancillary or adhesive to a valid regulatory scheme" approach won the unanimous support of this Court in *Allard*, and really is simply a different way of expressing the same concern, that is, to determine the pith and substance of the legislation in question.

Enfin, je tiens à examiner la préoccupation de mon collègue relativement à l'application à la présente affaire de l'analyse formulée dans l'arrêt *Allard*. Il semble laisser supposer, au par. 93, que j'ai tenu pour acquis que «l'octroi d'un pouvoir de réglementation entraîne ipso facto le pouvoir de percevoir les ressources financières nécessaires pour donner effet à un régime de réglementation». Il semble aussi préoccupé par le fait que je n'ai pas utilisé l'expression «caractère véritable»; cependant, à mon avis, l'emploi de cette expression ne changerait pas l'analyse ou la conclusion. En fait, l'analyse visant à déterminer si des taxes sont «accessoires ou rattachés à un régime de réglementation valide» a reçu l'appui unanime de notre Cour dans l'arrêt *Allard*, et constitue en réalité simplement une autre façon d'exprimer la même préoccupation, c'est-à-dire de déterminer quel est le caractère véritable de la loi en question.

85 In discussing the provincial power to levy a regulatory charge, and the EDC scheme, La Forest J. states, at para. 118, that the fact that the "scheme specifically provides for the use the school boards will make of the money levied and that the amount that can be levied is carefully limited to that purpose", is not, in itself, determinative in characterizing the matter of the scheme. I believe that my colleague has misunderstood my reasons. The key finding that I make is that the EDC scheme is part of a comprehensive and integrated regulatory

Lorsqu'il examine le pouvoir provincial de percevoir une redevance de nature réglementaire et le régime des REE, le juge La Forest affirme, au par. 118, que le fait que le «régime législatif prévoit expressément l'utilisation que les conseils scolaires feront des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cette fin» n'est pas, en soi, déterminant pour ce qui est de la qualification de la matière visée par le régime. Je crois que mon collègue a mal interprété mes motifs. Ma principale conclusion est que les

scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province. The fact that the scheme specifically provides for the use that will be made of the funds levied, and that the amount levied is carefully limited to such purposes, is mentioned as further support for the main finding, not as the only hallmarks, contrary to my colleague's interpretation. The carefully designed mechanics of the scheme ensure that the power of indirect taxation will not extend beyond the regulatory costs; this is crucial in order to avoid rendering s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* meaningless.

My colleague obviously takes a much narrower view of what can be considered to be "regulatory activity" by a province. He simply does not see EDCs as part of a comprehensive land use planning scheme. With respect, however, I find his characterization of the EDC scheme is so narrow that he ultimately seems to deny the complexity that necessarily and appropriately exists within the realm of land use planning. Of course, housing development does not by itself dictate the building of schools. This is not what I have said in my reasons. Rather, I have recognized that the province has made a legislative, regulatory decision that new development is to pay its own way for the infrastructure, including schools, that the province considers necessary to successful communities. This legislative decision, as I have noted above, is made express in such legislation as the *Planning Act*, ss. 2(i), 51(24)(a) and (j). The regulatory aim is that new development should bear the cost of infrastructure occasioned by the new development.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin were delivered by

REE font partie d'un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l'ensemble de l'aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l'exploitation foncière dans la province. Le fait que le régime prévoit expressément l'utilisation qui sera faite des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cette fin est mentionné comme appui supplémentaire à la conclusion principale, et non comme seules caractéristiques du régime, contrairement à l'interprétation de mon collègue. Les mécanismes soigneusement conçus du régime font en sorte que le pouvoir de taxation indirecte ne permettra pas la perception de recettes supérieures aux coûts de la réglementation; ce qui est crucial pour ne pas priver le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de tout sens.

Mon collègue adopte de toute évidence une conception beaucoup plus restrictive de ce qui peut être considéré comme une «activité de réglementation» par une province. Il ne considère tout simplement pas les REE comme faisant partie d'un régime étendu d'aménagement foncier. Cependant, en toute déférence, je suis d'avis que sa caractérisation du régime des REE est tellement restrictive qu'il semble en fin de compte ignorer la complexité qui existe nécessairement et à juste titre dans le domaine de l'aménagement foncier. Il va sans dire que les exploitations à des fins domiciliaires ne dictent pas la construction d'écoles. Ce n'est pas ce que j'ai dit dans mes motifs. J'ai plutôt reconnu que la province a décidé dans une loi et un règlement que les nouvelles exploitations foncières doivent payer leurs propres infrastructures, y compris les écoles, que la province considère nécessaires à la réussite des collectivités. Comme je l'ai mentionné, cette décision du législateur est prévue expressément dans la *Loi sur l'aménagement du territoire*, al. 2i) et 51(24)a) et j). Aux termes du règlement, les nouvelles exploitations devraient supporter le coût des infrastructures qu'elles nécessitent.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

87 LA FOREST J. — This appeal raises the constitutional validity of Part III of the *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9, and related regulations, which enact a scheme empowering Ontario public and separate school boards to impose so-called education development charges (“EDCs”) on owners of land based generally on a percentage of the construction costs of new dwelling units or commercial development.

88 The appeal raises a number of major issues respecting the interpretation of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, namely, whether the scheme is valid as direct taxation within the province (s. 92(2)), or as a regulatory charge under the combined operation of s. 92(9), the provincial licensing power, s. 92(13), “Property and Civil Rights”, and s. 92(16) “Matters of a merely local or private Nature”. It also raises the issues whether the scheme violates the guarantees given private school supporters under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* or the guarantees of freedom of conscience and religion and the equality rights accorded by ss. 2(a) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

89 I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Iacobucci. I agree with his reasons as they pertain to s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and the *Charter* provisions. The major issues upon which I shall focus are those concerning the interpretation of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. While I agree with my colleague’s conclusion that the EDCs are *intra vires* the province, I do so for quite different reasons. I respectfully disagree with him that the EDC scheme is valid as a regulatory charge under the combined operation of ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, in my view, the scheme is valid as being in pith and substance “Direct Taxation within the Province in order to the raising of a

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi a trait à la constitutionnalité de la partie III de la *Loi sur les redevances d’exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9, et de ses règlements d’application, qui établissent un régime autorisant les conseils d’écoles publiques et d’écoles séparées de l’Ontario à imposer aux propriétaires fonciers le paiement de ce que l’on a appelé des redevances d’exploitation relatives à l’éducation («REE»), lesquelles sont généralement fondées sur un pourcentage du coût de construction de nouveaux logements ou de nouveaux bâtiments commerciaux.

Ce pourvoi soulève plusieurs questions importantes concernant l’interprétation de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont celle de savoir si le régime est valide en tant que taxation directe dans les limites de la province (par. 92(2)) ou en tant que redevance de nature réglementaire en vertu de l’application combinée du par. 92(9), le pouvoir des provinces de délivrer des permis, du par. 92(13), «la propriété et les droits civils», et du par. 92(16), «toutes les matières d’une nature purement locale ou privée». Il soulève également la question de savoir si ce régime viole les garanties données aux contribuables des écoles privées en vertu du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou les garanties relatives à la liberté de conscience et de religion et au droit à l’égalité accordées par l’al. 2a) et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J’ai eu l’avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci. Je suis d’accord avec ses motifs dans la mesure où ils se rapportent à l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux dispositions de la *Charte*. Les principales questions auxquelles je m’attarderai sont celles qui concernent l’interprétation de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je souscris à la conclusion de mon collègue selon laquelle les REE relèvent de la compétence de la province, mais pour des motifs tout à fait différents. En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec lui pour dire que le régime des REE est valide en tant que redevance de nature réglementaire en vertu de l’application combinée des par. 92(9), (13) et (16) de la

Revenue for Provincial Purposes” within the meaning of s. 92(2) of that Act.

My colleague has set forth the legislation as well as the other relevant facts and the judicial history of the appeal and I shall not repeat them. However, since it is important to keep the central features of the EDC scheme firmly in mind, I shall briefly summarize it.

In essence, the impugned scheme empowers Ontario public and separate school boards to pass by-laws imposing so-called EDCs on the owner of land on which new dwelling units and commercial developments are constructed. These EDCs are intended to raise the monies such boards estimate will be necessary to defray the costs (above the provincial grants for the purpose) of new schools they may decide to construct to serve the needs of new pupils from the development. The EDCs are imposed at differential rates on dwelling units and commercial development. The former is based on a percentage of the construction costs of the unit. The commercial contribution is calculated by dividing the percentage of growth-related costs that is to be covered by commercial EDCs by the declared value of the commercial building permits issued during the term of the EDC by-law and multiplying the quotient by 100 to express the EDCs on commercial development as a percentage of declared value. The monies so collected are to be used solely for building schools by the school board subject to the approval of the Minister of Education.

General Constitutional Structure

The question whether the levy just described is a valid exercise of power under s. 92 raises funda-

Loi constitutionnelle de 1867. À mon avis, le régime est valide parce qu’il constitue, de par son caractère véritable, une «taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» au sens du par. 92(2) de cette loi.

Mon collègue a exposé les dispositions législatives et les autres faits pertinents ainsi que l’historique des procédures judiciaires, de sorte que je ne les reprendrai pas. Cependant, comme il est important de bien garder à l’esprit les caractéristiques principales du régime des REE, je les résumerai brièvement.

Essentiellement, le régime contesté autorise les conseils d’écoles publiques et d’écoles séparées de l’Ontario à adopter des règlements imposant ce que l’on a appelé des REE aux propriétaires des terrains sur lesquels sont construits de nouveaux logements et de nouveaux bâtiments commerciaux. Ces REE visent à percevoir les fonds que ces conseils estiment nécessaires pour couvrir le coût (excédant le montant des subventions provinciales accordées à cette fin) des nouvelles écoles qu’ils peuvent décider de construire pour servir les nouveaux élèves de l’ensemble résidentiel. Les REE sont imposées à des taux différents sur les logements et sur les bâtiments commerciaux. La première catégorie est fondée sur un pourcentage du coût de construction du logement. La contribution commerciale est calculée en divisant le pourcentage du coût lié à la croissance couvert par la REE commerciale par la valeur déclarée des permis de construire des bâtiments commerciaux devant être délivrés pendant la période d’application du règlement scolaire qui prévoit l’imposition de la REE, et en multipliant le quotient par 100 afin d’obtenir le montant de la REE imposée sur des travaux d’exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée. Les fonds ainsi perçus ne doivent servir qu’à la construction d’écoles par le conseil scolaire, sous réserve de l’approbation du ministre de l’Éducation.

La structure constitutionnelle générale

Le point de savoir si le prélèvement qui vient d’être décrit constitue un exercice valide du pou-

90

91

92

mental issues about the basic structure and workings of the *Constitution Act, 1867*. Not only does it raise highly technical issues concerning the extent and manner in which a province is constitutionally permitted to finance its legislative measures; it also raises broad constitutional issues such as the extent to which such financial measures impact on the general structure of the Constitution and on the residents in other provinces who have little ongoing contact with the province's imposing the levy. These issues can only be resolved by a careful examination of the cases, but it assists understanding to recall the basic structure of the division of legislative power under the Constitution and the rationale underlying the relevant powers.

voir découlant de l'art. 92 soulève des questions primordiales au sujet de la structure fondamentale et du fonctionnement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il soulève non seulement des questions d'ordre très technique pour savoir dans quelle mesure et de quelle manière la Constitution permet à une province de financer les mesures législatives qu'elle met de l'avant, mais également des questions constitutionnelles générales telles que la mesure dans laquelle ces dispositions financières ont des répercussions sur la structure générale de la Constitution et entraînent des conséquences pour les résidents des autres provinces qui ont peu de contacts permanents avec la province où le droit est prélevé. Seul un examen minutieux de la jurisprudence peut permettre de résoudre ces questions, mais il est utile pour en faciliter la compréhension de procéder à un rappel de la structure fondamentale du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution et de la raison d'être des pouvoirs qui en découlent.

93 The bulk of the legislative powers assigned to Parliament and the provinces under the Constitution are essentially of a regulatory nature. It cannot be assumed that the grant of a power to regulate, *ipso facto*, carries with it the power to levy the financial resources necessary to give effect to a regulatory scheme. As in the case of other federations, a sharp division is made between the power to regulate and the power to raise revenue. Specific provisions exist respecting the raising of revenue.

La plupart des pouvoirs législatifs attribués au Parlement et aux provinces par la Constitution sont essentiellement de nature réglementaire. On ne peut présumer que l'octroi d'un pouvoir de réglementation entraîne *ipso facto* le pouvoir de percevoir les ressources financières nécessaires pour donner effet à un régime de réglementation. Comme dans le cas d'autres fédérations, on établit une différence marquée entre le pouvoir de réglementer et celui de prélever un revenu. Il existe des dispositions précises en ce qui concerne le prélèvement d'un revenu.

94 This generally poses little difficulty at the federal level. Section 91(3) gives Parliament authority for "The raising of Money by any Mode or System of Taxation". Though the raising of taxes may influence and sometimes seriously influence how people will regulate their behaviour, it is significant that the courts have respected the sharp divide created by the framers between taxes and other legislative powers by holding *ultra vires* schemes which, though couched in terms of taxes, were in pith and substance designed to regulate activities falling within the provincial legislative domain; see, for example, the *Attorney-General for Canada*

En général, cela crée peu de difficultés au niveau fédéral. Le paragraphe 91(3) accorde au Parlement le pouvoir requis pour «le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation». Bien que la perception de taxes puisse influencer, et parfois grandement, sur la conduite que les gens adopteront, il est révélateur que les tribunaux aient respecté la différence marquée que les rédacteurs de la Constitution ont établie entre les taxes et les autres pouvoirs législatifs en considérant comme *ultra vires* des régimes qui, tout en étant présentés sous forme de taxes, étaient, de par leur caractère véritable, conçus pour réglementer

v. Attorney-General for Ontario, [1937] A.C. 355 (the *Unemployment Insurance Reference*). To do otherwise would, as the Privy Council pointed out in that case, be to permit Parliament to enter fields assigned to the provinces contrary to the intention of the framers of the Constitution.

At the provincial level, this division between regulatory powers and the power to raise revenue has very important implications. As is the case with respect to legislation adopted by Parliament, courts have struck down provincial schemes which, though at first glance providing for the raising of revenue, in effect related in pith and substance to legislative powers vested in Parliament; see, for example, *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357. But more importantly, the division between the provincial taxing powers and other legislative powers is at the origin of the provincial power to levy what have come to be known as “regulatory charges”. The courts have recognized that in certain circumstances a provincial levy may relate, in pith and substance, to the regulation of an activity falling within exclusive provincial legislative jurisdiction, and that such levy would not be subject to the requirement of directness provided for in s. 92(2), which can in all logic only apply to legislation enacted under the specific head of power provided for in s. 92(2), taxation. It will become obvious that differentiating a tax from a regulatory charge is — as is so often the case in cases dealing with distribution of powers — no easy task. But one thing seems clear from the sharp division made between regulation and taxation (and for good policy reasons) by the *Constitution Act, 1867*. The framers of the Constitution could not have intended by the simple grant of a regulatory power to have intended to in effect empower the imposition of a tax, an issue that will be given detailed attention later.

des activités relevant du domaine législatif provincial; voir, par exemple: *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (le *Renvoi sur l'assurance-chômage*). Comme l'a indiqué le Conseil privé dans cette affaire, agir autrement équivaldrait à permettre au Parlement d'empiéter sur des domaines attribués aux provinces, contrairement à l'intention des rédacteurs de la Constitution.

Au niveau provincial, cette distinction entre les pouvoirs de réglementation et le pouvoir de prélever un revenu a des répercussions très importantes. Comme c'est le cas pour une loi adoptée par le Parlement, les tribunaux ont annulé des régimes provinciaux qui, bien que prévoyant à première vue le prélèvement d'un revenu, se rapportaient effectivement, de par leur caractère véritable, aux pouvoirs législatifs conférés au Parlement; voir, par exemple, *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357. Qui plus est, la distinction entre les pouvoirs de taxation des provinces et les autres pouvoirs législatifs est à l'origine du pouvoir des provinces de percevoir ce qu'il est maintenant convenu d'appeler des «redevances de nature réglementaire». Les tribunaux ont reconnu que, dans certaines circonstances, la redevance imposée par une province peut se rapporter, de par son caractère véritable, à la réglementation d'une activité relevant de la compétence législative exclusive des provinces et qu'une telle redevance ne serait pas assujettie à la restriction à la taxation directe imposée par le par. 92(2), qui ne peut en toute logique s'appliquer qu'à une loi adoptée en vertu du domaine de compétence prévu précisément au par. 92(2), c'est-à-dire la taxation. Il deviendra évident que distinguer une taxe d'une redevance de nature réglementaire n'est pas une mince tâche — comme c'est souvent le cas en matière de partage des pouvoirs. Mais une chose semble ressortir clairement de la différence marquée établie entre réglementation et taxation (et pour de bonnes raisons de principe) par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est impossible que les rédacteurs de la Constitution aient voulu, simplement en accordant un pouvoir de réglementation, autoriser l'imposition d'une taxe, question que nous étudierons attentivement plus loin.

Understanding the basic structure of the division of legislative power under the Constitution and the rationale underlying the relevant powers is also necessary in order to properly trace the limits of the directness requirement provided for in s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. As is well known, the provinces were not given taxing powers as expansive as those assigned to Parliament. In a *laissez faire* era, the framers did not think the provinces would have need of much recourse to extensive taxation. They thought the revenues arising out of the public domain (which were assigned to them by s. 109 of the *Constitution Act, 1867*) would be sufficient to meet their financial needs in performing what were no doubt important, but not at the time expensive functions. But as they had with Parliament (to which they assigned a virtually unlimited taxing power even though they thought sufficient revenues to finance its functions would come from customs and excise), they accorded the provinces the power to levy direct taxation within the province, a field of taxation that “even in those days was theoretically broad, if unpalatable, and was to be expanded by the courts to include in fact, if not in form, almost every type of tax except customs duties and taxes having primary impact outside the taxing province”. That at least was the view I arrived at after a review of all the cases in my book on the subject; see *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 195. It was not because direct taxation was of a restrictive nature that the provinces were confined in raising revenues by way of taxes. Rather it was the nature of these taxes that dictated the choice. The framers rather optimistically believed the legislatures would be dissuaded from imposing indirect taxes because they were not of a kind that in John Stuart Mill’s phrase (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, Book V, c. 3, § 1, at p. 418) are “demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it”, like such taxes as customs and excise which are

Il est également nécessaire de comprendre la structure fondamentale du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution et la raison d’être des pouvoirs qui en découlent si l’on veut tracer correctement les limites de la restriction à la taxation directe imposée par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme on le sait, les provinces n’ont pas reçu d’aussi vastes pouvoirs de taxation que ceux du Parlement. À une époque de *laissez-faire*, les rédacteurs ne pensaient pas que les provinces auraient besoin de recourir beaucoup à la taxation. Ils croyaient que les revenus provenant du domaine public (qui étaient attribués aux provinces par l’art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) suffiraient à satisfaire leurs besoins financiers dans l’exercice de leurs fonctions, qui étaient sans doute importantes mais pas onéreuses à l’époque. Comme ils l’avaient fait avec le Parlement (à qui ils ont attribué un pouvoir presque illimité de taxation même s’ils croyaient que les recettes provenant des droits de douane et des taxes d’accise seraient suffisantes pour financer ses activités), ils ont accordé aux provinces le pouvoir de prélever des taxes directes dans les limites de leur territoire, champ d’imposition qui [TRADUCTION] «même à cette époque était théoriquement vaste, bien que peu attrayant, et qui devait être étendu par les tribunaux pour comprendre de fait, sinon quant à la forme, presque tout genre de taxe à l’exception des droits de douane et des taxes ayant un effet principalement à l’extérieur de la province les imposant». C’est du moins la conclusion à laquelle je suis venu après avoir examiné l’ensemble de la jurisprudence dans le livre que j’ai écrit sur le sujet; voir *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 195. Ce n’est pas parce que la taxation directe était de nature restrictive que les provinces ont été limitées dans la façon de percevoir des recettes au moyen de taxes. C’est plutôt la nature de ces taxes qui a dicté ce choix. Les rédacteurs croyaient plutôt, de façon optimiste, que les législatures seraient dissuadées d’imposer des taxes indirectes parce qu’elles n’étaient pas, selon l’expression de John Stuart Mill (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, livre V, ch. 3, § 1, à la p. 418), du genre de celles qu’on [TRADUCTION] «exige de la personne même qui doit l’assu-

ordinarily imposed on persons other than those intended or expected to bear the burden.

As will become evident later, this concern of the framers became at best of secondary importance with the passage of the years. But a more fundamental difference between direct and indirect taxation was to have more enduring influence. There is a considerable difference in impact between direct taxes, like land taxes, which are directly felt locally, and indirect taxes like customs and excise, which inevitably affect trade throughout the country. This distinction was not lost on the framers of the Constitution. And this characteristic, inherent in the limitation to direct taxation, was used by the courts in the course of an organic interpretation of the Constitution to foster other objectives envisioned by the framers and incorporated in other provisions. Thus the restriction was used to confine the impact of taxes within the provinces consistent with the idea specifically expressed in s. 92(2). It was also used to prevent the provinces from creating tariff barriers, thereby supporting the national market which was clearly within the contemplation of the framers. Thus using one technique or another the courts have invariably held that export taxes, however framed, are indirect taxes. When such policies cannot really be served by some species of tax, such as notably those imposed on land or on its owner (which even at the time of Confederation were generally viewed as direct taxes), the courts have found no reason to restrict provincial taxing power, and have invariably categorized these as direct.

The preeminence of these national policies, grounded as they are in the very structure of the *Constitution Act, 1867* and the stated views of the

mer», comme des taxes telles les douanes et l'accise, qui sont habituellement imposées à d'autres personnes que celles qui sont censées en supporter le fardeau.

Ainsi qu'il deviendra évident plus tard, cette préoccupation des rédacteurs est devenue tout au plus secondaire au cours des années. Mais une différence plus fondamentale entre taxation directe et taxation indirecte devait avoir une influence plus durable. Il y a une énorme différence entre les effets des taxes directes, comme les taxes foncières, qui se font sentir directement au niveau local, et ceux des taxes indirectes, comme les douanes et l'accise, qui se répercutent inévitablement sur le commerce à travers le pays. Cette distinction n'a pas échappé aux rédacteurs de la Constitution. Et les tribunaux ont eu recours à cette caractéristique, inhérente au fait de restreindre les provinces à la taxation directe, dans le cadre d'une interprétation organique de la Constitution, pour favoriser d'autres objectifs envisagés par les rédacteurs et inscrits dans d'autres dispositions. On a donc recouru à cette restriction pour confiner l'effet des taxes dans les limites des provinces en accord avec l'idée expressément mentionnée au par. 92(2). On s'en est également servie pour empêcher les provinces de créer des barrières tarifaires, appuyant ainsi le marché national comme le souhaitaient manifestement les rédacteurs de la Constitution. Qu'ils aient utilisé l'une ou l'autre technique, les tribunaux ont invariablement conclu que les taxes à l'exportation, quelle que soit leur forme, étaient des taxes indirectes. Quand une forme particulière de taxes n'a pas pour effet de promouvoir ces objectifs, comme celles notamment qui sont imposées à l'égard d'un terrain ou de son propriétaire (et qui même à l'époque de la Confédération étaient généralement considérées comme des taxes directes), les tribunaux n'ont trouvé aucune raison de limiter le pouvoir de taxation des provinces et ont invariablement qualifié ces taxes de taxes directes.

La prééminence de ces politiques nationales, fondées comme elles le sont sur la structure même de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur les opi-

framers during the Confederation debates, has also come into play in the interpretation given by the courts to the other means of raising a revenue accorded the provinces, s. 92(9), the power to raise revenue by means of licences. From the enumeration of shop, saloon, tavern, auctioneer, it seems clear enough that the provision was intended to have a narrow scope. Still it is not expressly provided that it is limited to direct taxation. However, the courts have resisted the notion of broadening it, and this possibility was firmly squelched in *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371. The obvious justification for this is that the debate regarding major provincial levies is more appropriately channelled to the major taxation provision intended by the framers to empower the provinces to levy a revenue, s. 92(2). The limitation to direct taxation is better geared to balance the tension between the policies of giving the provinces, consistent with their heavy responsibilities, the widest possible scope for raising necessary revenues while supporting the national and structural requirements I have earlier described.

nions énoncées par les rédacteurs durant les débats sur la Confédération, est également entrée en jeu dans l'interprétation que les tribunaux ont donnée de l'autre moyen accordé aux provinces pour prélever un revenu, soit la délivrance de permis prévue au par. 92(9). De l'énumération de boutiques, cabarets, auberges et encanteurs, il ressort assez clairement que la disposition était censée avoir une portée étroite. Néanmoins, il n'est pas expressément prévu que ce pouvoir se limite à la taxation directe. Cependant, les tribunaux se sont opposés à l'idée de l'élargir, et cette possibilité a été nettement écartée dans l'arrêt *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371. La justification en est manifestement qu'il est plus approprié que le débat concernant les perceptions importantes de fonds faites par les provinces porte sur la principale disposition relative à la taxation, par laquelle les rédacteurs entendaient autoriser les provinces à prélever un revenu, c'est-à-dire le par. 92(2). La restriction à la taxation directe constitue le meilleur moyen d'atteindre un juste équilibre entre les politiques consistant à donner aux provinces le plus de moyens possible de prélever le revenu nécessaire — en raison de leurs importantes responsabilités — et les exigences sur le plan national et structurel que j'ai décrites préalablement.

99

Thus, as the following analysis will demonstrate, it is necessary to take into account the basic structure of the division of legislative powers under the Constitution and the rationale underlying the relevant powers to properly delineate the provincial power respecting regulatory charges as well as to correctly trace the limits of the directness requirement set forth in s. 92(2). In order to properly categorize the EDCs for constitutional purposes, it is first necessary to fully understand the nature, source and scope of the provincial power regarding what have come to be known as "regulatory charges" and their relationship to the power allocated to the provinces to levy direct taxation. To do so requires a detailed analysis of the cases to which I now turn.

Par conséquent, comme l'analyse suivante le montrera, il faut tenir compte de la structure fondamentale du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution et de la raison d'être des pouvoirs qui en découlent pour bien délimiter le pouvoir des provinces en ce qui concerne les redevances de nature réglementaire et pour tracer correctement les limites de la restriction à la taxation directe imposée par le par. 92(2). Pour qualifier adéquatement les REE à des fins constitutionnelles, il faut d'abord bien comprendre la nature, la source et l'étendue du pouvoir provincial relativement à ce qu'il est convenu d'appeler des «redevances de nature réglementaire» et leur lien avec le pouvoir conféré aux provinces d'imposer une taxe directe. Pour ce faire, il convient de procéder maintenant à une étude minutieuse de la jurisprudence.

EDCs Are Not Regulatory Charges*The Provincial Taxing Power and the Provincial Power to Impose "Regulatory Charges"*

The first case to contemplate the existence of a provincial power to levy a regulatory charge by a higher court is the decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141. At issue was the constitutionality of a Quebec statute imposing a duty of 10 cents on every exhibit filed in court in any action. The incidence of that duty, the Earl of Selborne, L.C. held, was indirect, since it would ordinarily be borne by the unsuccessful party — not necessarily the party who initially paid it. The levy could, therefore, not be supported under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The Privy Council then addressed the appellant's alternative argument that the provisions regarding the fee had, instead, been enacted under s. 92(14), as relating to the administration of justice. That argument was dismissed in the following terms (at pp. 144-45):

Now it is not necessary for their Lordships to determine whether, if a special fund had been created by a provincial Act for the maintenance of the administration of justice in the provincial courts, raised for that purpose, appropriated to that purpose, and not available as general revenue for general provincial purposes, in that case the limitation to direct taxation would still have been applicable. That may be an important question which will be considered in any case in which it may arise; but it does not arise in this case. This Act does not relate to the administration of justice in the province; it does not provide in any way, directly or indirectly, for the maintenance of the provincial Courts; it does not purport to be made under that power, or for the performance of that duty. The subject of taxation, indeed, is a matter of procedure in the provincial Courts, but that is all. The fund to be raised by that taxation is carried to the purposes mentioned in the 2nd subsection; it is made part of the general consolidated revenue of the province. It, therefore, is precisely within the words "taxation in order to the raising of a revenue for provincial pur-

Les REE ne sont pas des redevances de nature réglementaire*Le pouvoir de taxation des provinces et le pouvoir des provinces d'imposer des «redevances de nature réglementaire»*

La première affaire dans laquelle une instance supérieure a examiné l'existence d'un pouvoir provincial d'imposer une redevance de nature réglementaire est l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé, *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141. Le litige portait sur la constitutionnalité d'une loi québécoise qui imposait un droit de 10 cents à l'égard de toute pièce justificative déposée à la cour dans le cadre d'une action. L'incidence du droit, a conclu le comte de Selborne, lord chancelier, était indirecte, puisqu'il serait habituellement à la charge de la partie n'ayant pas eu gain de cause — pas nécessairement celle qui l'avait initialement payé. Le prélèvement ne pouvait donc pas s'appuyer sur le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Conseil privé s'est ensuite penché sur l'argument subsidiaire de l'appelant, selon lequel les dispositions concernant le droit avaient plutôt été adoptées en vertu du par. 92(14) ayant trait à l'administration de la justice. Cet argument a été rejeté en ces termes (aux pp. 144 et 145):

[TRADUCTION] Or, leurs Seigneuries ne sont pas tenues de déterminer si les provinces pourraient toujours être restreintes à la taxation directe, dans le cas où une loi provinciale aurait créé un fonds spécial pour le maintien de l'administration de la justice dans les tribunaux provinciaux, aurait prélevé des sommes à cette fin, les aurait affectées à cette fin et aurait établi que le fonds ne pourrait pas constituer un revenu général aux fins générales de la province. Il s'agit peut-être là d'une question importante qui sera prise en considération dans toute affaire où elle pourra se poser; mais elle ne se pose pas en l'espèce. La loi en question ne concerne pas l'administration de la justice dans la province; elle ne prévoit en aucune façon, directement ou indirectement, le maintien des tribunaux provinciaux; elle ne se dit pas faite en vertu de ce pouvoir ou pour l'exécution de cette fonction. L'objet de la taxation, en fait, est une question de procédure devant les tribunaux provinciaux, mais c'est tout. Le fonds accumulé au moyen de cette taxation le sera aux fins mentionnées au par. 2; il fait partie du revenu consolidé général de la province. Il correspond

poses". If it should greatly exceed the cost of the administration of justice, still it is to be raised and applied to general provincial purposes, and it is not more specially applicable for the administration of justice than any other part of the general provincial revenue. [Emphasis added.]

This case is interesting in many respects. Most notably, the Privy Council implied that had the nature of the impugned fee been somewhat different, it would have been supportable under the provincial legislative power over the administration of justice (s. 92(14)). This statement constituted an explicit recognition that provinces could impose certain levies which were indirect in their incidence when, in doing so, they were really legislating with respect to a head of power other than their taxing power. What later experience would reveal, however, was that, as in other situations, this was permissible only when a legislative provision was in pith and substance an exercise of that power, i.e. where, to use the phrase in some of the cases, it was "the dominant or most important characteristic of the challenged law"; see, for example, *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 62.

donc précisément au sens de l'expression «la taxation en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux». S'il devait dépasser de beaucoup le coût de l'administration de la justice, il doit encore être perçu et appliqué à des fins provinciales générales, et il n'est pas plus spécialement applicable à l'administration de la justice que n'importe quelle autre partie du revenu général de la province. [Je souligne.]

Cet arrêt est intéressant à beaucoup d'égards. Tout particulièrement, le Conseil privé a implicitement reconnu que, si la nature du droit contesté avait été quelque peu différente, il aurait pu se justifier en vertu du pouvoir législatif de la province en matière d'administration de la justice (par. 92(14)). Cet énoncé constituait une reconnaissance expresse que les provinces pouvaient imposer certains droits qui étaient indirects quant à leur incidence lorsque, ce faisant, elles légiféraient en réalité relativement à un domaine de compétence autre que celui de leur pouvoir de taxation. Cependant, l'expérience devait plus tard révéler que, comme dans d'autres cas, cela était permis seulement lorsqu'une disposition législative constituait, de par son caractère véritable, un exercice de ce pouvoir, c'est-à-dire lorsque, pour utiliser l'expression retenue dans certaines décisions, c'était «la caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée»; voir, par exemple, *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 62.

101

For close to 50 years, there was little development on the subject in the higher courts. However, in the early 1930s the higher courts were again faced with the issue in a series of cases dealing with the constitutionality of levies imposed by the provinces in connection with marketing schemes. The first is *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, *supra*. There the respondent committee had been given the exclusive power to control and regulate the impugned marketing scheme, which included the power to impose on certain producers and shippers levies "for the purpose of defraying the expenses of operation" of the scheme, which were indirect in their incidence. The whole scheme was eventually struck down by this Court because in pith and substance it related to extraprovincial trade and com-

Durant près de 50 ans, il y a eu peu de changements apportés à ce sujet par les instances supérieures. Toutefois, au début des années 1930, celles-ci ont de nouveau été saisies de la question dans une série de causes portant sur la constitutionnalité de droits imposés par les provinces en rapport avec des régimes de commercialisation. Le premier arrêt est *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, précité. Le comité intimé s'était vu conférer le pouvoir exclusif de réglementer le régime de commercialisation contesté, qui comprenait le pouvoir d'imposer à certains producteurs et expéditeurs des droits qui étaient indirects quant à leur incidence [TRADUCTION] «pour couvrir les frais de fonctionnement» du régime. Le régime a éventuellement été invalidé complètement par notre Cour parce que, de par son

merce, a matter within exclusive federal legislative authority under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. However, Duff J., as he then was, writing for the majority, did address the appellant's argument relating to the nature of the levies. He characterized them as "taxes" according to four criteria (later generally accepted by the courts), namely: they were (a) enforceable by law, (b) imposed under the authority of the legislature, (c) levied by a public body and (d) intended for a public purpose. He then considered whether the levies could be characterized as having been enacted under the provincial power relating to licences under s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. He had this to say, at pp. 363-64:

The question has never yet been decided whether or not the revenue contemplated by this head can in any circumstances be raised by a fee which operates in such a manner as to take it out of the scope of "direct taxation". *Prima facie*, it would appear, from inspection of the language of the two several heads, that the taxes contemplated by no. 9 are not confined to taxes of the same character as those authorized by no. 2, and that accordingly imposts which would properly be classed under the general description "indirect taxation" are not for that reason alone excluded from those which may be exacted under head 9. On the other hand, the last mentioned head authorizes licences for the purpose of raising a revenue, and does not, I think, contemplate licences which, in their primary function, are instrumentalities for the control of trade — even local or provincial trade. Here, such is the primary purpose of the legislation. The imposition of these levies is merely ancillary, having for its object the creation of a fund to defray the expenses of working the machinery of the substantive scheme for the regulation of trade. [Emphasis added.]

In *Lawson*, this Court clearly recognized the existence of a distinction between levies imposed for the purpose of "raising a revenue" (whether under s. 92(2) or s. 92(9), in both of which the phrase is used) and those imposed as "instrumentalities" in connection with legislation enacted under other heads of power. On that point, this Court agreed with the approach adopted by the trial judge in that

caractère véritable, il avait trait au commerce extraprovincial, domaine qui relève de la compétence législative exclusive du gouvernement fédéral en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, le juge Duff, plus tard Juge en chef, a effectivement examiné au nom de la majorité l'argument de l'appelant au sujet de la nature des droits en question. Il les a qualifiés de «taxes» selon quatre critères (que les tribunaux ont par la suite, de manière générale, acceptés), à savoir: ils étaient a) exigés par une loi, b) en vertu des pouvoirs de la législature, c) par un organisme public et d) dans un but d'intérêt public. Il s'est ensuite demandé si les droits pouvaient être considérés comme ayant été imposés en vertu du pouvoir des provinces en matière de permis selon le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voici ce qu'il a dit sur ce point, aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] La question n'a jamais encore été tranchée quant à savoir si le revenu envisagé par ce domaine de compétence peut dans tous les cas être prélevé au moyen d'un droit qui échapperait à la portée de la «taxation directe». À première vue, il semble ressortir de l'examen du libellé de ces deux domaines distincts de compétence que les taxes prévues par le par. 9 ne sont pas limitées aux taxes de même nature que celles autorisées par le par. 2, et que, par conséquent, des taxes qui seraient généralement décrites comme des «taxes indirectes» ne sont pas pour ce seul motif exclues de celles qui peuvent être exigées en vertu du par. 9. Par contre, le domaine de compétence mentionné en dernier lieu autorise les permis en vue de prélever un revenu et n'envisage pas, je pense, les permis qui, de par leur rôle principal, sont des moyens intermédiaires utilisés pour exercer un contrôle sur le commerce — même le commerce local ou provincial. Tel est l'objet principal de la loi en l'espèce. L'imposition de ces droits est simplement accessoire, car elle a pour objet la création d'un fonds pour couvrir les frais de fonctionnement du mécanisme du régime de réglementation du commerce. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Lawson*, notre Cour a clairement reconnu l'existence d'une distinction entre les droits imposés en vue de «prélever un revenu» (que ce soit en vertu du par. 92(2) ou du par. 92(9), l'expression étant utilisée dans les deux cas) et ceux imposés comme «moyens intermédiaires» en rapport avec une loi adoptée en vertu d'autres domaines de compétence. Sur ce point, notre Cour

case, who, at [1930] 2 W.W.R. 23, at p. 24, was of the opinion that the true pith and substance of the subsection was not to raise revenue for public or governmental purposes. The scheme was nonetheless ultimately struck down, as I said, because it related, in pith and substance, to a head of power within exclusive federal legislative jurisdiction.

était d'accord avec la position adoptée par le juge de première instance dans cette affaire, qui était d'avis ([1930] 2 W.W.R. 23, à la p. 24) que le caractère véritable du paragraphe n'était pas de prélever un revenu à des fins publiques ou gouvernementales. Le régime a néanmoins été finalement aboli, comme je l'ai dit, parce qu'il avait trait, de par son caractère véritable, à un domaine relevant de la compétence législative exclusive du gouvernement fédéral.

102

The second important case dealing with provincial marketing schemes is *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee v. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168 (P.C.), in which the constitutionality of a complex regulatory regime relating to the British Columbia milk market was at issue. A provincial statute provided for the creation of an Adjustment Committee which was responsible for imposing on farmers selling fluid milk a volumetric fee eventually redistributed to the farmers who had sold milk products (an "adjustment levy"). The general tendency of the fee was, of course, to be passed along to consumers, and it was, therefore, held to be indirect. The Adjustment Committee was also given the power to impose another type of fee to meet the expenses incurred in the administration of the scheme (an "expenses levy"). At p. 174, the Privy Council held that the substance of the scheme was "to transfer compulsorily a portion of the returns obtained by the traders in the fluid milk market". The appellant's main argument was that such levies fell within exclusive provincial legislative jurisdiction under ss. 92(13) (property and civil rights) and 92(16) (matters of a merely local or private nature in the province). The Privy Council rejected both arguments. It first held, at p. 175, that the adjustment levy was a tax according to the criteria laid down by Duff J. in *Lawson*. It arrived at the same conclusion with respect to the expenses levy since it was, in their Lordships' opinion, ancillary to the adjustment levy. The Privy Council did not specifically address the issue of whether either levy could be supported under another head of power, as the appellant had argued. In this respect, the correctness of its conclusion was subsequently questioned (see Professor Bora Laskin,

Le deuxième arrêt important qui traite des régimes provinciaux de commercialisation est *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee c. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168 (C.P.), dans lequel le litige portait sur la constitutionnalité d'un régime complexe de réglementation concernant la mise en marché du lait en Colombie-Britannique. Une loi provinciale prévoyait la création d'un comité d'ajustement qui était chargé d'imposer aux fermiers vendant du lait de consommation un droit volumétrique qui serait éventuellement redistribué aux fermiers qui avaient vendu des produits laitiers (un «prélèvement d'ajustement»). La tendance générale était naturellement de faire assumer le droit par les consommateurs et il a donc été considéré comme étant indirect. Le comité d'ajustement avait également reçu le pouvoir d'imposer un autre type de droit pour acquitter les dépenses de gestion du régime (un «prélèvement pour les dépenses»). À la p. 174, le Conseil privé a jugé que le régime visait essentiellement à [TRADUCTION] «transférer d'office une partie des revenus gagnés par les commerçants sur le marché du lait de consommation». L'appelant a soutenu principalement que de tels prélèvements relevaient de la compétence législative exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) (la propriété et les droits civils) et du par. 92(16) (les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province). Le Conseil privé a rejeté les deux arguments. Il a d'abord statué, à la p. 175, que le prélèvement d'ajustement était une taxe selon les critères énoncés par le juge Duff dans l'arrêt *Lawson*. Il est arrivé à la même conclusion en ce qui concernait le prélèvement pour les dépenses puisque, de l'avis de leurs Seigneuries, il était accessoire au prélèvement d'ajustement. Le Conseil privé n'a pas exa-

as he then was, "Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power" (1959), *U. of T. L.J.* 1, at pp. 4 *et seq.*) and was ultimately overruled by this Court in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, to which I shall refer later. The principal basis for the criticism was that the levies at issue in the *Crystal Dairy* case were not imposed for the purpose of "raising a revenue" under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, but rather related to intraprovincial trade or marketing, falling under exclusive provincial legislative authority under s. 92(13) (property and civil rights).

miné expressément la question de savoir si l'un ou l'autre prélèvement pouvait se justifier en vertu d'un autre domaine de compétence, comme l'appelant l'avait fait valoir. À cet égard, la justesse de sa conclusion a été mise en doute par la suite (voir le professeur Bora Laskin, plus tard Juge en chef du Canada, «Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power» (1959), *U. of T. L.J.* 1, aux pp. 4 et suiv.) et sa conclusion elle-même a été subséquemment renversée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, auquel je me reporterai plus loin. La critique se fondait principalement sur le fait que les redevances en cause dans l'arrêt *Crystal Dairy* n'avaient pas été imposées en vue de «prélever un revenu» conformément au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais avaient plutôt trait à la commercialisation ou au commerce intraprovincial, qui relève de la compétence législative exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) (la propriété et les droits civils).

Six years later, the Privy Council had occasion to examine the constitutional validity of another British Columbia marketing scheme in *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708. The statute at issue provided for the creation of the respondent Board which was granted jurisdiction to establish and administer schemes relating to the control and trade of natural products. The statute also provided for the imposition of licence fees on all persons producing, packing, transporting, storing or marketing the regulated products needed to carry out the purposes of a given scheme and cover the expenses of the Board. Here again, the general tendency of the fee was to be passed along to consumers, but Lord Atkin, speaking for the Privy Council, dismissed the appeal and affirmed the constitutional validity of the impugned legislation. At pp. 720-22, he held that the fees in question fell within the exclusive provincial legislative power under s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*:

Six ans plus tard, le Conseil privé a eu l'occasion d'examiner la constitutionnalité d'un autre régime de commercialisation de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708. La loi en cause prévoyait la création de la commission intimée à laquelle avait été conféré le pouvoir d'établir et d'administrer des régimes concernant le contrôle et le commerce de produits naturels. La loi prévoyait également l'imposition de droits de permis à toutes les personnes qui produisaient, emballaient, transportaient, entreposaient ou commercialisaient les produits réglementés requis pour la réalisation des fins poursuivies par un régime donné et pour couvrir les dépenses de la commission. Encore une fois, la tendance générale était de faire assumer les droits par les consommateurs, mais lord Atkin, au nom du Conseil privé, a rejeté le pourvoi et confirmé la constitutionnalité de la loi contestée. Aux pages 720 à 722, il a jugé que les droits en question relevaient de la compétence législative exclusive des provinces en vertu du par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

The pith and substance of this Act is that it is an Act to regulate particular businesses entirely within the Province, and it is therefore *intra vires* of the Province.

If regulation of trade within the Province has to be held valid, the ordinary method of regulating trade, i.e., by a system of licences, must also be admissible. A licence itself merely involves a permission to trade subject to compliance with specified conditions. A licence fee, though usual, does not appear to be essential. But, if licences are granted, it appears to be no objection that fees should be charged in order either to defray the costs of administering the local regulation or to increase the general funds of the Province, or for both purposes. The object would appear to be in such a case to raise a revenue for either local or Provincial purposes. On this part of the case their Lordships, with great respect, think that the present Chief Justice, then Duff J., took a somewhat narrow view of the Provincial powers under s. 92 (9.) in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, where he says: "on the other hand, the last-mentioned head authorizes licences for the purpose of raising a revenue, and does not, I think, contemplate licences which, in their primary function, are instrumentalities for the control of trade — even local or provincial trade". It cannot, as their Lordships think, be an objection to a licence plus a fee that it is directed both to the regulation of trade and to the provision of revenue. It would be difficult in the case of saloon and tavern licences to say that the regulation of the trade was not at least as important as the provision of revenue. And, if licences for the specified trades are valid, their Lordships see no reason why the words "other licences" in s. 92 (9.) should not be sufficient to support the enactment in question. [Emphasis added.]

Their Lordships were also of the view that such fees had been validly enacted under the provincial powers relating to property and civil rights (s. 92(13)) and matters of a merely local or private nature (s. 92(16)), at p. 722:

The impugned provisions can also, in their Lordships' opinion, be supported on the ground accepted by Martin C.J. in his judgment on the reference — namely, that

[TRANSLATION] De par son caractère véritable, cette loi vise à réglementer des entreprises particulières se trouvant entièrement dans les limites de la province, et elle relève donc de la compétence de la province.

Si la réglementation du commerce dans la province est tenue pour valide, il faut également accueillir le procédé courant de réglementation du commerce, c.-à-d. un système de permis. En soi, un permis comporte seulement une permission de faire du commerce en observant des conditions précises. Un droit de permis, quoique habituel, ne paraît pas essentiel. Mais, si l'on accorde des permis, il semble n'y avoir aucune objection à ce que l'on perçoive des droits, soit pour couvrir les frais d'application de la réglementation locale, soit pour augmenter les recettes générales de la province, soit pour atteindre ces deux fins. Dans pareil cas, l'objet semblerait être de prélever un revenu à des fins locales ou provinciales. Sur cet aspect de l'affaire, leurs Seigneuries, en toute déférence, pensent que le juge Duff, maintenant Juge en chef, a interprété de façon plutôt restreinte les pouvoirs des provinces prévus au par. 92(9), dans l'arrêt *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, où il a dit: «par contre, le domaine de compétence mentionné en dernier lieu autorise les permis en vue de prélever un revenu et n'envisage pas, je pense, les permis qui, de par leur rôle principal, sont des moyens intermédiaires qui permettent d'exercer un contrôle sur le commerce — même le commerce local ou provincial». Ce ne peut être, comme le pensent leurs Seigneuries, une objection à un permis assorti d'un droit qui vise tant la réglementation du commerce que l'augmentation des recettes. Il serait difficile dans le cas des permis de cabarets et d'auberges de dire que la réglementation du commerce n'était pas au moins aussi importante que l'augmentation des recettes. Et, si les permis concernant les commerces mentionnés sont valides, leurs Seigneuries ne voient aucune raison pour laquelle les mots «autres licences ou permis» utilisés au par. 92(9) ne suffiraient pas à justifier la mesure législative en question. [Je souligne.]

Leurs Seigneuries étaient également d'avis que de tels droits avaient été adoptés de façon valide en vertu des pouvoirs des provinces en ce qui concerne la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (par. 92(16)), à la p. 722:

[TRANSLATION] Les dispositions contestées peuvent également, selon leurs Seigneuries, s'appuyer sur les motifs que le juge en chef Martin a accueillis dans son juge-

they are fees for services rendered by the Province, or by its authorized instrumentalities, under the powers given by s. 92 (13.) and (16.).

The Privy Council upheld the impugned fees because they were levied to cover the expenses incurred by the Board in administering the schemes, thereby furthering the objectives of the Act. It did so primarily, apparently, on the ground that it constituted a valid exercise of provincial legislative jurisdiction under s. 92(9) but also on the ground that the fees were instrumentalities to legislation which, in pith and substance, related to the regulation of particular businesses entirely within the province. It is noteworthy that Lord Atkin made no reference to the *Crystal Dairy* decision rendered only a few years earlier. The Privy Council therefore repeated what had been implied in *Reed* years before, namely that the imposition of a levy could constitute legislation under heads of jurisdiction other than ss. 92(2) or 92(9) if, in pith and substance, it related to any other legislative jurisdiction exclusively granted to the provinces at Confederation.

Shannon, supra, was followed by this Court in *Ontario Boys' Wear Ltd. v. The Advisory Committee*, [1944] S.C.R. 349. At issue was the constitutional validity of assessments imposed on employees through payroll deductions to finance a scheme for developing labour standards. Kerwin J., as he then was, wrote the Court's unanimous reasons. He found that should such assessments be characterized as taxes, they were direct in their incidence and thus supportable under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. He added, at p. 359:

... in any event, it may be justified as a fee for services rendered by the Province or by its authorized instrumentalities under the powers given provincial legislatures by section 92 (13) and 92 (16) of the *British North America*

ment sur le renvoi — à savoir qu'il s'agit de droits relatifs à des services que la province ou ses intermédiaires autorisés ont rendus en vertu des pouvoirs conférés par les par. 92(13) et (16).

Le Conseil privé a confirmé la constitutionnalité des droits contestés parce qu'ils avaient été perçus pour couvrir les dépenses engagées par la commission dans l'administration des régimes, ce qui contribuait à la réalisation des objectifs de la loi. Il a rendu cette décision principalement, semble-t-il, pour le motif que cela constituait un exercice valide de la compétence législative des provinces en vertu du par. 92(9), mais également pour le motif que les droits étaient des intermédiaires de la loi qui, de par leur caractère véritable, avaient trait à la réglementation d'entreprises spécifiques situées entièrement dans les limites de la province. Il convient de noter que lord Atkin n'a pas mentionné l'arrêt *Crystal Dairy* rendu seulement quelques années plus tôt. Le Conseil privé a donc répété ce qui était implicite dans l'arrêt *Reed* rendu des années auparavant, à savoir qu'une mesure législative imposant un droit pouvait relever d'autres domaines de compétence que les par. 92(2) ou 92(9) si, de par son caractère véritable, elle se rapportait à une autre compétence législative attribuée exclusivement aux provinces lors de la Confédération.

L'arrêt *Shannon*, précité, a été suivi par notre Cour dans *Ontario Boys' Wear Ltd. c. The Advisory Committee*, [1944] R.C.S. 349. Le litige portait sur la constitutionnalité de cotisations imposées à des employés au moyen de retenues à la source en vue du financement d'un régime visant à élaborer des normes de travail. Le juge Kerwin, plus tard Juge en chef, a rédigé les motifs unanimes de la Cour. Il a conclu que, si elles étaient qualifiées de taxes, de telles cotisations étaient directes quant à leur incidence et elles pouvaient se justifier en vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a ajouté, à la p. 359:

[TRADUCTION] ... de toute façon, elle peut se justifier en tant que droit relatif à des services que la province ou ses intermédiaires autorisés ont rendus en vertu des pouvoirs que confèrent aux législatures provinciales les par.

Act. Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board, [1938] A.C. 708.

It is noteworthy that the Court made no mention of s. 92(9), characterizing the fees as relating, in pith and substance, to property and civil rights or matters of a purely local or private nature in the province.

92(13) et (16) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708.

Il convient de noter que la Cour n'a pas mentionné le par. 92(9) et a considéré que les droits se rapportaient, de par leur caractère véritable, à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

105

In *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, the Governor General in Council referred to this Court certain questions as to the validity of a marketing scheme similar to that at issue in the *Crystal Dairy* case, *supra*, in that it provided for expenses levies as well as adjustment levies. The details of the various sets of reasons rendered are summarized by Iacobucci J. in *Allard*, *supra*, at pp. 401-402, and I shall not repeat them. Suffice it to say that this Court upheld the validity of the expenses levies under ss. 92(9), 92(13) and 92(16) and, in doing so, referred to the *Lawson* and *Shannon* decisions. The adjustment levies, however, were struck down, the Court following in that regard the Privy Council's decision in *Crystal Dairy*.

Dans *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, le gouverneur général en conseil a soumis à notre Cour certaines questions relativement à la validité d'un régime de commercialisation semblable à celui qui était en cause dans l'arrêt *Crystal Dairy*, précité, en ce sens qu'il prévoyait des prélèvements pour les dépenses ainsi que des prélèvements d'ajustement. Les différents motifs ont été résumés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Allard*, précité, aux pp. 401 et 402, et je ne les reprendrai pas. Qu'il suffise de dire que notre Cour a confirmé la validité des prélèvements pour les dépenses en vertu des par. 92(9), (13) et (16) et, pour ce faire, elle s'est reportée aux arrêts *Lawson* et *Shannon*. Les prélèvements d'ajustement ont toutefois été déclarés invalides, la Cour ayant suivi à cet égard l'arrêt *Crystal Dairy* du Conseil privé.

106

Similar issues arose in subsequent cases before this Court, but with the exception of two, they contain no further insight into the nature, source and scope of the provincial power to levy "regulatory charges", whether direct or not. I shall, therefore, confine my discussion to the two cases mentioned.

Des arrêts rendus ultérieurement par notre Cour, ont traité de questions similaires mais, sauf deux, ils ne contiennent pas d'autres éclaircissements sur la nature, la source et l'étendue du pouvoir des provinces de percevoir des «redevances fixées par règlement», qu'elles soient directes ou non. Je limiterai donc mon examen aux deux arrêts mentionnés.

107

In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*, this Court was asked to assess the constitutionality of a marketing scheme providing for expenses levies as well as adjustment levies that were very similar to those struck down by the Privy Council in the *Crystal Dairy* case. The crucial difference between the two schemes was that the former had been enacted by Parliament, and not by a province, as had been the case in *Crystal Dairy*. The relevant discussion appears in the reasons of Laskin C.J. Though he wrote minority reasons, his comments on this issue were concurred in

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité, on demandait à notre Cour d'évaluer la constitutionnalité d'un régime de commercialisation prévoyant des prélèvements pour les dépenses ainsi que des prélèvements d'ajustement qui ressemblaient grandement à ceux que le Conseil privé a déclaré invalides dans l'arrêt *Crystal Dairy*. La différence déterminante entre les deux régimes était que le premier avait été adopté par le Parlement, et non par une province, comme cela avait été le cas dans l'arrêt *Crystal Dairy*. L'analyse pertinente figure

by Pigeon J., who wrote for the majority. Laskin C.J. was of the view that the pith and substance of the impugned scheme related to intraprovincial trade and commerce, a matter within exclusive provincial legislative jurisdiction, and that both types of levies were consequently *ultra vires* Parliament. He wrote, at p. 1234:

The authorization of levies in respect of local marketing purports to put in place a cardinal feature of the marketing plan as it operates intraprovincially. If the levies are to be characterized as taxes, they are being applied here not as having any integrity of their own, as is the norm in taxation (albeit there are eddying consequences of tax measures), but as elements of a marketing scheme which Parliament could not itself prescribe, namely, a scheme of intraprovincial marketing. In short, the so-called taxes do not themselves reflect the pith and substance of the marketing plan of which they are part but rather take their colour from the scheme. Beyond this, it is, in my opinion, a mistaken view to regard the various types of levies associated with marketing schemes as species of taxes; they are integral to the operation of the schemes and are, in the context thereof, related either to their administration or to their price mechanisms designed to make the schemes tolerable and equitable for those compulsorily brought within their ambit. [Emphasis added.]

Laskin C.J.'s reasoning was as follows. First dealing with expenses levies, he held that the Privy Council's position in *Crystal Dairy* in this regard had been considerably qualified by the later Privy Council decision in *Shannon* and this Court's decisions in *Reference re Farm Products Marketing Act, supra*, and *Ontario Boys' Wear Ltd., supra*. At p. 1238, he added:

It is, at any rate, now clear not only from the Shannon case but from judgments of this Court, beginning with Ontario Boys' Wear Ltd. v. Advisory Committee, and extending through the Willis case, to Reference re Farm Products Marketing Act of Ontario, supra, that an expenses levy may validly be imposed by provincial legislation upon regulated producers and sellers to cover the cost of administering a provincial marketing

dans les motifs du juge en chef Laskin. Bien qu'il ait rédigé des motifs minoritaires, ses remarques sur la question ont entraîné l'adhésion du juge Pigeon, qui écrivait pour la majorité. Le Juge en chef Laskin était d'avis que le caractère véritable du régime contesté avait trait au commerce intraprovincial, domaine relevant de la compétence législative exclusive des provinces, et que les deux types de prélèvements excédaient par conséquent la compétence du Parlement. Il a dit, à la p. 1234:

L'autorisation d'imposer des redevances à l'égard de l'organisation du marché local aboutit à mettre en place un aspect essentiel du plan de commercialisation dans son fonctionnement intra-provincial. Si l'on doit qualifier les redevances de taxes, on les applique ici non comme valant en elles-mêmes, comme c'est la norme en matière de taxation (encore que les mesures fiscales entraînent des remous), mais comme des éléments d'un régime de commercialisation que le Parlement ne pouvait lui-même prescrire, c'est-à-dire un régime de commercialisation intra-provinciale. En bref, les prétendues taxes ne reflètent pas elles-mêmes le caractère véritable du plan de commercialisation dont elles font partie, mais tirent plutôt leur caractère du régime. Au surplus, il est, à mon avis, erroné de considérer les divers types de redevances qui accompagnent les régimes de commercialisation comme des sortes de taxes; elles font partie intégrante du fonctionnement de ces régimes et ont trait, dans ce contexte, soit à leur administration soit à leurs mécanismes de prix destinés à rendre les régimes tolérables et équitables pour ceux qui y sont obligatoirement soumis. [Je souligne.]

Le raisonnement du juge en chef Laskin était le suivant. Traitant d'abord des prélèvements pour les dépenses, il a conclu que la position adoptée par le Conseil privé dans l'arrêt *Crystal Dairy* à cet égard avait été grandement nuancée par l'arrêt *Shannon* rendu ultérieurement par le Conseil privé et par les arrêts *Reference re Farm Products Marketing Act* et *Ontario Boys' Wear Ltd.*, précités, rendus par notre Cour. Il a ajouté, à la p. 1238:

De toute façon, il ressort maintenant clairement tant de l'arrêt Shannon que des décisions de cette Cour, depuis l'arrêt Ontario Boys' Wear Ltd. c. Advisory Committee jusqu'au Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act de l'Ontario, précité, en passant par l'arrêt Willis, qu'une contribution aux dépenses peut valablement être imposée par une loi provinciale à des producteurs et vendeurs réglementés pour couvrir les frais d'adminis-

scheme. It may be regarded as a "fee for services" to use the phrase of Kerwin J., as he then was, in the *Ontario Boys' Wear* case, *supra*, at p. 359 and supportable under s. 92(13)(16) of the *British North America Act*, that is as an element of a valid regulatory scheme. It is quite clear from all of this that the *Crystal Dairy* case has been effectively overruled in respect of the validity of provincially authorized expenses or administration levies. [Emphasis added.]

It is noteworthy that Laskin C.J. made no mention of the provincial licensing power under s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, his conclusion was that expenses levies aimed at covering the expenses incurred in the administration of a given regulatory scheme were enacted under the provincial power under which such scheme was enacted. They were, therefore, not, in pith and substance, legislation aimed at raising revenue under s. 92(2), but rather legislation relating, in pith and substance, to the matter of the scheme itself.

109 Laskin C.J. then addressed the constitutionality of the adjustment levies. Adjustment levies had been struck down by the Privy Council in *Crystal Dairy*, *supra*, and its reasoning was subsequently applied by this Court in *Reference re Farm Products Marketing Act*, *supra*. After proceeding to a detailed analysis of the relevant cases on the issue, he decided that *Crystal Dairy* had been wrongly decided and that there were compelling reasons to overrule the Privy Council's decision. He had this to say, at p. 1256:

I think it is time that there was an end to making the validity of intraprovincial marketing schemes turn on fine distinctions between what is truly price fixing and what are adjustment levies, when in both situations the thrust of the regulatory scheme is to provide for orderly marketing and to equalize the position and the returns of producers or vendors, or both, by pooling production and controlling marketing through licensing and through quotas. [Emphasis added.]

tration d'un régime provincial de commercialisation. On peut la considérer comme des «honoraires pour services rendus» selon la formule du juge Kerwin, alors juge puîné, dans l'arrêt *Ontario Boys' Wear*, précité, à la p. 359 et l'appuyer sur les par. 13 et 16 de l'art. 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, c'est-à-dire en tant qu'élément d'un régime valide de réglementation. De tout ceci, il résulte manifestement que l'arrêt *Crystal Dairy* a été effectivement écarté sur la question de la validité des contributions aux dépenses ou aux frais d'administration autorisées par une province. [Je souligne.]

Il convient de noter que le juge en chef Laskin n'a aucunement fait allusion au pouvoir des provinces de délivrer des permis prévus au par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a plutôt conclu que les prélèvements pour les dépenses visant à couvrir les dépenses engagées dans l'administration d'un régime de réglementation donné avaient été édictés conformément au pouvoir provincial en vertu duquel ce régime avait été adopté. Ils ne constituaient donc pas, de par leur caractère véritable, une mesure législative visant à prélever un revenu en vertu du par. 92(2), mais plutôt une mesure législative ayant trait, de par son caractère véritable, à l'objet du régime lui-même.

Le juge en chef Laskin a ensuite abordé la constitutionnalité des prélèvements d'ajustement. Le Conseil privé les avait abolis dans l'arrêt *Crystal Dairy*, précité, et notre Cour a appliqué son raisonnement par la suite dans *Reference re Farm Products Marketing Act*, précité. Après avoir analysé en détail la jurisprudence sur la question, le juge en chef Laskin a statué que l'arrêt *Crystal Dairy* était mal fondé et qu'il existait des raisons impérieuses de renverser la décision du Conseil privé. Il a dit ce qui suit à ce propos, à la p. 1256:

Je pense qu'il est temps de cesser de faire dépendre la validité des régimes de commercialisation intra-provinciale de distinctions subtiles entre ce qui constitue de la véritable fixation des prix et ce qui constitue des contributions d'ajustement, alors que dans les deux cas le but du régime de réglementation est de stabiliser le marché et d'égaliser la situation et les recettes des producteurs ou des vendeurs, ou des deux, en mettant en commun la production et en contrôlant le marché au moyen de permis et de contingents. [Je souligne.]

Here again, it is clear that Laskin C.J. was of the opinion that levies imposed in such a context were not, in pith and substance, of the nature of taxes imposed in order to the raising of a revenue within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, but rather related, in pith and substance, to the regulation of trade and commerce.

Following upon these cases, Iacobucci J. in *Allard, supra*, held that provinces could validly impose charges which were indirect in their incidence if those were “ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme” (p. 405). That language was taken from the reasons of Bull J.A. in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681, where the British Columbia Court of Appeal upheld a scheme similar to that at issue in *Allard*. The relevant passage from Bull J.A.’s reasons appears at p. 685:

It appears to me that the principle that emerges from the authorities is that taxation which can be characterized as other than direct, and hence not falling within the ambit of provincial legislation by s. 92(2) of the B.N.A. Act, may still be within the scope of provincial competency if contemplated by, and fairly authorized under, another head such as here — s. 92(9). In my view, the key lies in the question as to what is the primary and real purpose, or pith and substance, of the legislation — is the levy or tax (whether direct or indirect by nature) merely ancillary, or adhesive, to the licensing scheme of regulating or prohibiting a trade, or is it essentially a fiscal imposition, or taxation, under a form of disguise or a colourable concept? [Emphasis added.]

On reviewing the key cases on the matter, it is clear that the courts have, over the years, recognized the provinces’ power to enact legislation providing for the imposition of levies which were indirect in their incidence when such levies could not be characterized as “Taxation . . . in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes” as contemplated by s. 92(2) because they related, in pith and substance, to another head of power granted exclusively to provincial legislatures by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. In that sense, I do

Encore une fois, il est évident que le juge en chef Laskin était d’avis que les redevances imposées dans un tel contexte n’étaient pas, de par leur caractère véritable, de la nature de taxes imposées en vue de prélever un revenu au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais avaient trait, de par leur caractère véritable, à la réglementation des échanges et du commerce.

Dans la foulée de ces arrêts, le juge Iacobucci a conclu, dans l’arrêt *Allard*, précité, que les provinces pouvaient valablement imposer des redevances qui étaient indirectes quant à leur incidence si celles-ci étaient «accessoires ou rattaché[e]s à un régime de réglementation provincial valide» (p. 405). Cette expression est tirée des motifs du juge Bull dans *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681, où la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé la validité constitutionnelle d’un régime semblable à celui qui était en cause dans l’arrêt *Allard*. Le passage pertinent des motifs du juge Bull figure à la p. 685:

[TRADUCTION] Selon moi, le principe qui émerge de la jurisprudence est que la taxation qui peut être qualifiée de non directe et qui, par conséquent, n’est pas visée par la législation provinciale selon le par. 92(2) de l’A.A.N.B., peut encore relever de la compétence provinciale si elle est prévue et nettement autorisée par un autre domaine de compétence comme en l’espèce — le par. 92(9). À mon avis, la solution repose dans la question de savoir quel est le but réel et principal, ou le caractère véritable, de la loi — le prélèvement ou la taxe (de nature directe ou indirecte) est-il simplement accessoire ou rattaché à un régime de permis qui réglemente ou interdit un commerce ou est-il essentiellement une imposition fiscale ou une taxation sous une forme déguisée ou selon un concept spécieux? [Je souligne.]

De l’examen des arrêts de principe sur la question, il ressort clairement qu’au fil des ans les tribunaux ont reconnu le pouvoir des provinces d’adopter des lois prévoyant l’imposition de droits qui étaient indirects quant à leur incidence lorsque ces droits ne pouvaient pas être qualifiés de «taxation [. . .] en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» comme le prévoit le par. 92(2) parce qu’ils avaient trait, de par leur caractère véritable, à un autre domaine de compétence attribué exclusivement aux législatures provinciales par

not think that the Constitution specifically contemplates a provincial power regarding “regulatory charges”. Provinces can impose indirect levies if, in doing so, they are legislating under a different head of power than their s. 92(2) taxing power — for example, property and civil rights (s. 92(13)), the administration of justice (s. 92(14)) or matters of local or private nature (s. 92(16)) — and, consequently, outside the scope of the limitation to direct taxes imposed by that provision. Thus, the analysis is no different from the traditional analysis courts have undertaken when dealing with judicial review on federal grounds. Courts will identify the pith and substance of a given piece of legislation providing for the imposition of a levy; they will seek to find its dominant purpose or true character. Legislation aimed, in pith and substance, at raising revenue, will be subject to the requirement of directness provided for in s. 92(2). Legislation not relating, in pith and substance, to taxation as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, will therefore not be subject to the directness requirement provided for in that section.

l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En ce sens, je ne crois pas que la Constitution accorde expressément un pouvoir aux provinces en matière de «redevances de nature réglementaire». Les provinces peuvent imposer des droits indirects si, ce faisant, elles légifèrent en vertu d’un domaine de compétence autre que leur pouvoir de taxation prévu au par. 92(2) — par exemple, la propriété et les droits civils (par. 92(13)), l’administration de la justice (par. 92(14)) ou les matières d’une nature purement locale ou privée (par. 92(16)) — et, par conséquent, hors de la portée de la restriction relative au caractère direct des taxes imposée par cette disposition. Ainsi, cette analyse ne diffère pas de l’analyse traditionnelle que les tribunaux effectuent lorsqu’ils sont saisis d’une demande de contrôle judiciaire relativement au partage des pouvoirs. Les tribunaux dégageront le caractère véritable d’une loi donnée qui prévoit l’imposition d’un droit; ils chercheront à découvrir son but principal ou sa nature véritable. Une loi visant, de par son caractère véritable, à prélever un revenu sera assujettie à l’exigence relative au caractère direct prévue au par. 92(2). La loi qui, de par son caractère véritable, n’a pas trait à la taxation au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sera donc pas assujettie à cette exigence.

112 Such an approach is also consistent with cases where federal legislation was challenged on the basis that the imposition of a levy — that, the federal authorities submitted, had been enacted pursuant to s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* — amounted to regulation of a matter within exclusive provincial jurisdiction. Courts have always first identified what the federal legislation providing for the imposition of a levy related to, in pith and substance, and then concluded whether it related to a head of jurisdiction within exclusive federal or provincial jurisdiction. Such is the approach adopted by Laskin C.J. in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra* (see also, *inter alia*: *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.); and *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41 (P.C.); also of relevance

Cette démarche est aussi analogue à celle adoptée dans les décisions traitant de lois fédérales contestées pour le motif que l’imposition d’un droit — qui, selon les autorités fédérales, avait été adoptée conformément au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — équivalait à la réglementation d’une matière relevant de la compétence exclusive des provinces. Les tribunaux ont toujours déterminé en premier lieu à quoi se rapportait, de par son caractère véritable, la loi fédérale prévoyant l’imposition d’un droit, et ensuite si cette loi avait trait à un domaine relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral ou des provinces. C’est la démarche qu’a adoptée le juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*, précité (voir également, entre autres: *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222 (C.P.), *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for*

is *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (where the Privy Council upheld, as relating to taxation under s. 92(2) — and not as relating to banks — a provincial statute providing for a tax on banks)).

A similar approach was followed by this Court in *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004. That case involved a challenge by the province of Alberta to the constitutional validity of a levy Parliament sought to impose on certain natural gas owned, produced and exported by the Crown in right of Alberta. The Attorney General for Alberta argued that, pursuant to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, such natural gas was shielded from the impugned levy. This Court was of the view that the exemption provided for in s. 125 was limited to taxation, i.e., levies enacted pursuant to, in that case, Parliament's legislative authority under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. That prompted an analysis of the pith and substance of the legislation providing for the imposition of the levy. This Court disposed of the appeal in favour of the Attorney General for Alberta on the ground that the impugned legislation related, in pith and substance, to taxation. The majority wrote, at p. 1072:

A tax on the transit of goods from inside to outside the country may be imposed for the purpose of raising money or for the purpose of regulating trade or both. Even if the tax is aimed at export, provincial property is protected under s. 125 unless the federal legislation is regulatory. Thus, if the levy here in question were regarded as aimed at exports it would be necessary also, for the appeal to succeed, to conclude that it not be "taxation" in the sense of the foregoing discussion. There is to the proposed tax no aspect of the regulation of trade and commerce that would support its imposition under head 2 of s. 91 of the *B.N.A. Act*. [Emphasis added.]

British Columbia, [1930] A.C. 111 (C.P.); et *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41 (C.P.); est également pertinent l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (où le Conseil privé a confirmé, comme ayant trait à la taxation en vertu du par. 92(2) — et non pas aux banques — une loi provinciale prévoyant une taxe sur les banques)).

Notre Cour a adopté une démarche similaire dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004. Il s'agissait d'une contestation par la province d'Alberta de la constitutionnalité d'une taxe que le Parlement voulait imposer sur du gaz naturel appartenant à la Couronne du chef de l'Alberta, que celle-ci produisait et destinait à l'exportation. Le procureur général de l'Alberta a soutenu que l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* soustrayait ce gaz naturel du champ d'application de la taxe contestée. Notre Cour était d'avis que l'exemption prévue à l'art. 125 se limitait à la taxation, c.-à-d. aux prélèvements établis dans cette affaire dans l'exercice du pouvoir législatif que le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement. Cela a entraîné une analyse du caractère véritable de la loi qui prévoyait ce prélèvement. Notre Cour a tranché le pourvoi en faveur du procureur général de l'Alberta pour le motif que la loi contestée avait trait, de par son caractère véritable, à la taxation. Les juges formant la majorité ont déclaré à ce propos, à la p. 1072:

Une taxe sur le transport de marchandises de l'intérieur à l'extérieur du pays peut être imposée pour recueillir des deniers ou pour réglementer le commerce, ou à ces deux fins. Même si la taxe vise les exportations, les biens provinciaux jouissent de la protection de l'art. 125, à moins que la loi fédérale n'ait une fonction de réglementation. Donc, si on considérait que la taxe en question a pour objet les exportations, il serait également nécessaire, pour que le pourvoi soit accueilli, de conclure qu'il ne s'agit pas de «taxation» au sens de l'analyse qui précède. La taxe proposée ne comporte aucun aspect de la réglementation des échanges et du commerce, qui lui permet de s'appuyer sur le par. 91(2) de l'*A.A.N.B.* [Je souligne.]

The majority further held (at pp. 1073-74):

In cases considering tax measures, it may be difficult to find a single "pith and substance" of legislation. A fiscal instrument may be chosen precisely because it can kill two birds with one stone, regulating the industry while raising revenue. The legislation may have, in the argot of the cases, a "double aspect". A subject which in one aspect and for one purpose may fall within one constitutional head of power may in another aspect and for other purposes fall within another head: see *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.) at p. 130. This is perhaps just another way of saying that a measure is supportable under two different heads of power. In most cases, it is enough to place a matter within either s. 91 or s. 92. The concept of a "double aspect" therefore finds currency in cases dealing with a federal power on one hand, and a provincial power on the other; see for example cases on highway traffic offences: *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238. It is seldom necessary to assign a particular head of power if a matter clearly falls within several heads of s. 91 or s. 92. In the present case, however, a specific assignment is necessary

Such an analysis will not save a tax which is in pith and substance only a revenue-raising mechanism, but which may exhibit ancillary regulatory characteristics.

The majority then turned to an analysis of the levy at issue in that case and dealt with the argument of the Attorney General of Canada that it related, in pith and substance, to regulation of trade and commerce. It went on, at pp. 1074-76:

The Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., (1944 revised with corrections 1973) defines "to regulate" as "To control, govern, or direct by rule or regulations; to subject to guidance or restrictions. . . To adjust, in respect of time, quantity, etc., with reference to some standard or purpose". In relation to "regulation of trade and commerce", this definition and common sense would suggest a restraint upon or channelling of economic behaviour in pursuit of policy goals. The proposed tax in this case, when viewed in light of other legislation touching the natural gas industry, has no such regulatory effect on behaviour. By its very comprehensiveness, the tax belies any purpose of modifying or

Ils ont ajouté (aux pp. 1073 et 1074):

Lorsqu'il est question de mesures fiscales, il peut être difficile de trouver dans une loi un seul «caractère véritable». Une mesure fiscale peut être choisie précisément parce qu'elle peut faire d'une pierre deux coups, c'est-à-dire réglementer une industrie tout en produisant un revenu. La loi peut revêtir, pour reprendre l'expression utilisée dans les arrêts, un «double aspect». Une matière qui, à un égard et à une fin, relève d'un pouvoir constitutionnel peut, à un autre égard et à d'autres fins, relever d'un autre pouvoir: voir l'arrêt *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), à la p. 130. Ce n'est peut-être là qu'une autre façon de dire qu'une mesure peut s'appuyer sur deux pouvoirs distincts. Dans la plupart des cas, cela est suffisant pour qu'une question relève soit de l'art. 91, soit de l'art. 92. La notion du «double aspect» se rencontre donc couramment dans les arrêts où il est question d'un pouvoir fédéral d'une part et d'un pouvoir provincial d'autre part; voir par exemple les arrêts portant sur des infractions à un code de la route: *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. La Reine*, [1966] R.C.S. 238. Il est rarement nécessaire, si une affaire relève manifestement de plusieurs pouvoirs énoncés à l'art. 91 ou à l'art. 92, de lui appliquer un pouvoir particulier. C'est toutefois ce qu'il faut faire en l'espèce

On ne saurait par une telle analyse légitimer une taxe qui n'est véritablement qu'une mesure destinée à produire un revenu, mais qui peut, de façon accessoire, présenter les caractéristiques d'une réglementation.

Les juges formant la majorité ont ensuite procédé à une analyse de la taxe en cause dans cette affaire et examiné l'argument du procureur général du Canada selon lequel cette taxe se rapportait, de par son caractère véritable, à la réglementation des échanges et du commerce. Ils ont ajouté, aux pp. 1074 à 1076:

The Shorter Oxford English Dictionary, 3^e éd., (1944, révisé avec corrections 1973) définit ainsi le verbe «to regulate» (réglementer): [TRADUCTION] «contrôler, régir ou diriger au moyen de règles ou de règlements; soumettre à une directive ou à des restrictions Ajuster, quant à la durée, à la quantité, etc., par rapport à une norme ou à un objet quelconque». Appliqués à la «réglementation des échanges et du commerce», cette définition et le bon sens laisseraient supposer une limitation ou canalisation du comportement économique en vue de réaliser des objectifs fixés par le gouvernement. La taxe proposée en l'espèce, considérée en fonction d'autres lois applicables à l'industrie du gaz naturel, ne

directing the allocation of gas to particular markets. Nor does the tax purport to regulate who distributes gas, how the distribution may occur, or where the transactions may occur.

The quantity, movement and price of natural gas are carefully regulated under the present legislation and remain unaffected by the tax. The *Petroleum Administration Act*, S.C. 1974-75-76, c. 47, and the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, together provide a complete scheme for the regulation of the export of natural gas. The volume of gas authorized for export as well as its price are established by orders pursuant to those Acts. *The National Energy Program 1980* notes that trade in the major forms of energy has been closely regulated by federal agencies for many years (No. 1). The effect of the tax is to reduce the revenue or "net backs" received by producers or marketers of natural gas.

The cases reviewed also demonstrate the uncertainty respecting the scope of the provincial power regarding licences contemplated in s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. However, I need not deal with this question extensively. As I mentioned earlier, this Court has accepted that s. 92(9) was somewhat redundant as not constituting a source of provincial legislative jurisdiction relating to regulatory charges truly independent of that ensuing from the other heads enumerated in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*; see *Allard, supra*, at pp. 404-5.

In summary, the power of a province to adopt legislation providing for the imposition of levies which are indirect in their incidence stems from the other heads of power over which it has exclusive legislative authority under the *Constitution Act, 1867*. Where the adoption of a levy constitutes, in pith and substance, regulation of a matter falling within heads of jurisdiction other than taxation in order to the raising of revenue (s. 92(2)),

comporte pas cet effet de réglementation sur le comportement. La portée même de la taxe la rend incompatible avec toute intention de modifier ou de régir la distribution du gaz sur des marchés précis. La taxe n'a pas non plus pour effet de déterminer qui peut distribuer le gaz, comment la distribution peut s'effectuer ou l'endroit où les opérations peuvent avoir lieu.

Les textes législatifs actuellement en vigueur réglementent de façon minutieuse la quantité, le transport et le prix du gaz naturel, et la taxe n'a aucune incidence sur ces sujets. La *Loi sur l'administration du pétrole*, S.C. 1974-75-76, chap. 47, et la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, chap. N-6, fournissent ensemble un régime complet de réglementation de l'exportation du gaz naturel. Des ordonnances rendues en application de ces lois fixent le volume de gaz qui peut être exporté et son prix. On fait remarquer dans *Le Programme énergétique national 1980* que les échanges des principaux types d'énergie sont étroitement réglementés depuis plusieurs années par des organismes fédéraux (n° 1). La taxe a pour effet de réduire les recettes ou les «revenus nets» que touchent les producteurs de gaz naturel ou ceux qui le commercialisent.

Les arrêts examinés montrent également l'incertitude existant quant à l'étendue du pouvoir des provinces en matière de permis, qui est prévu au par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, il n'y a pas lieu de traiter cette question en profondeur. Comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour a reconnu que le par. 92(9) est quelque peu redondant, car il ne constitue pas une source de compétence législative des provinces en matière de redevances de nature réglementaire qui soit vraiment indépendante de celle découlant des autres domaines de compétence énumérés à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir l'arrêt *Allard*, précité, aux pp. 404 et 405.

En résumé, le pouvoir d'une province d'adopter une loi prévoyant l'imposition de droits qui sont indirects quant à leur incidence découle des autres domaines à l'égard desquels elle a une compétence législative exclusive en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsque l'adoption d'un droit constitue, de par son caractère véritable, une réglementation d'une matière relevant de domaines de compétence autres que la taxation en vue de préle-

the requirement that such levy be direct in its incidence will not apply. I now turn to the analysis of the pith and substance of the impugned legislation before us in this appeal, the EDC scheme.

The EDC Scheme Relates, in Pith and Substance, to "Taxation . . . in Order to the Raising of a Revenue" (Section 92(2))

116 My colleague Iacobucci J. has characterized the EDC scheme as "ancillary to a valid regulatory scheme for the provision of educational facilities as a component of land use planning" (see para. 50) and "part of a comprehensive and integrated regulatory scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province" (see para. 57). He first emphasizes the fact that the scheme operates so as to "limit recoupment to the actual costs involved in providing educational facilities occasioned by new development" (see para. 55). He then deals with various arguments put forward by the appellants and comes to the conclusion that there was a sufficient relationship between school construction and the regulation of land development to characterize EDCs as "regulatory charges".

117 The identification of the pith and substance of a law involves an analytical process conducted according to the approach carefully described by Sopinka J. in *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 481-88. As he explained, at p. 482, the analysis "necessarily starts with looking at the legislation itself, in order to determine its legal effect", but courts also "will look beyond the direct legal effects to inquire into the social or economic purposes which the statute was enacted to achieve", its background and the circumstances surrounding its enactment . . . and, in appropriate cases, will consider evidence of the second form of 'effect', the actual or predicted practical effect of the legislation" (p. 483).

118 I have no doubt that the EDC scheme relates, in pith and substance, to "Taxation . . . in order to the raising of a Revenue" as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. I come to this

ver un revenu (par. 92(2)), la restriction à la taxation directe ne s'appliquera pas. Je passe maintenant à l'analyse du caractère véritable des mesures législatives contestées devant nous dans le présent pourvoi, à savoir le régime des REE.

Le régime des REE a trait, de par son caractère véritable, à la «taxation [. . .] en vue de prélever un revenu» (par. 92(2))

Mon collègue le juge Iacobucci a qualifié le régime des REE d'«accessoire à un régime valide de réglementation de la fourniture d'installations d'enseignement dans le cadre de l'aménagement du territoire» (par. 50) et de «partie d'un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l'ensemble de l'aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l'exploitation foncière dans la province» (par. 57). Il souligne d'abord le fait que le régime vise à «limiter le recouvrement aux coûts réels engendrés par la fourniture d'installations d'enseignement rendues nécessaires par les nouvelles exploitations» (par. 55). Il examine ensuite les divers arguments avancés par les appelantes et arrive à la conclusion qu'il existe un lien suffisant entre la construction d'écoles et la réglementation de l'aménagement foncier pour que les REE soient qualifiées de «redevances fixées par règlement».

La détermination du caractère véritable d'une loi doit se faire suivant la démarche minutieusement décrite par le juge Sopinka dans *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 481 à 488. Comme il l'a expliqué, à la p. 482, l'analyse «commence nécessairement par l'examen du texte même, en vue d'en déterminer l'effet juridique», mais les tribunaux «ne tien[nent] pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux ou économiques que la loi vise à réaliser», de son contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été votée [. . .] et, dans les cas qui s'y prêtent, [ils prennent] en considération la deuxième forme d'«effet», l'effet pratique, réel ou prévu, de l'application du texte législatif» (p. 483).

Je ne doute nullement que le régime des REE se rapporte, de par son caractère véritable, à la «taxation [. . .] en vue de prélever un revenu» au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

conclusion for two principal reasons: first, by inquiring into the impugned piece of legislation itself, and second by considering the mischief the scheme was intended to remedy. I also disagree with Iacobucci J. that it is “much easier” than in *Allard, supra*, to find that the EDC scheme is ancillary to a valid regulatory scheme to the point where it does not relate, in pith and substance, to taxation. Finally, the fact that the legislative scheme specifically provides for the use the school boards will make of the money levied and that the amount that can be levied is carefully limited to that purpose is, in itself, irrelevant to the characterization of the matter of the legislation.

The EDC scheme was enacted by the Legislature of Ontario as Part III of the *Development Charges Act, 1989*, S.O. 1989. c. 58, and related regulations. It provides for delegation to school boards of the authority to enact by-laws providing for the imposition of EDCs in a carefully detailed manner and the spending of the money levied on the construction of new educational facilities in an equally detailed manner. The scheme itself reveals no feature other than the raising of a revenue in order to finance the local share of growth-related capital expenditures while providing for specific ways in which such revenues will be spent by school boards. This is consistent with the objective pursued by the Legislature of Ontario and the mischief it sought to remedy through the enactment of the EDC scheme. As all parties to this litigation acknowledged, the EDC scheme was enacted by the Legislature of Ontario as a consequence of the reduction made at the same time of provincial grants regarding growth-related capital expenditures. In sum, it gave to local school boards the means to raise the revenue taken away through cut-backs in provincial grants. Therefore, one easily understands that the scheme was aimed at filling the gap left in educational funding in Ontario as a result of the provincial government’s decision.

J’arrive à cette conclusion de deux façons: premièrement, en procédant à une analyse de la loi contestée elle-même et, deuxièmement, en prenant en considération le problème que le régime était censé solutionner. De plus, je ne suis pas d’accord avec le juge Iacobucci pour dire que c’est «beaucoup plus facile» que dans l’arrêt *Allard*, précité, de conclure que le régime des REE est accessoire à un régime de réglementation valide au point qu’il ne se rapporte pas, de par son caractère véritable, à la taxation. En dernier lieu, le fait que le régime législatif prévoit expressément l’utilisation que les conseils scolaires feront des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cette fin n’a pas de rapport en soi avec la qualification de la matière visée par la loi.

Le régime des REE a été adopté par la législature de l’Ontario dans le cadre de la partie III de la *Loi sur les redevances d’exploitation, 1989*, S.O. 1989, ch. 58, et ses règlements d’application. Il délègue aux conseils scolaires le pouvoir d’adopter des règlements prévoyant d’une manière détaillée l’imposition de REE et, d’une manière tout aussi détaillée, l’utilisation des fonds ainsi perçus pour la construction de nouvelles installations d’enseignement. Le régime lui-même ne comporte aucune caractéristique autre que le prélèvement d’un revenu en vue du financement de la part locale des dépenses en immobilisations liées à la croissance, tout en prévoyant précisément comment les sommes perçues seront dépensées par les conseils scolaires. Cela est conforme à l’objectif poursuivi par la législature de l’Ontario et le problème qu’elle cherchait à solutionner par l’adoption du régime des REE. Ainsi que toutes les parties au présent litige l’ont reconnu, le régime des REE a été adopté par la législature de l’Ontario à la suite de la réduction à la même époque des subventions provinciales concernant les dépenses en immobilisations liées à la croissance. En somme, il a donné aux conseils scolaires locaux le moyen de percevoir le revenu supprimé par la diminution des subventions provinciales. On peut donc facilement comprendre que le régime visait à combler le manque à gagner dans le financement de l’enseignement en Ontario découlant de la décision du gouvernement provincial.

120

The situation in this appeal is to be distinguished from that in *Allard, supra*. In that case, this Court unanimously found that volumetric gravel removal fees imposed by municipalities pursuant to ss. 930(1) and 930(2) of the *British Columbia Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, had been properly enacted under a combination of ss. 92(9), 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. The enabling provisions could not, as Iacobucci J. noted, be dissociated from other provisions of the *Municipal Act* relating to roads, road repair and gravel removal and the whole of those provisions related, in pith and substance, to the regulation of roads, road repair and gravel removal in such a way that the impugned fees formed an integral part of the scheme. At p. 408, Iacobucci J. explained that this relationship was made even more evident by an examination of the impugned by-laws themselves. In this regard, this Court expressly adopted (see p. 409) the characterization proposed by the British Columbia Court of Appeal in *LaFarge, supra*, at p. 686, of predecessor provisions to the impugned by-laws as constituting “a complete and detailed code for the regulation of the gravel and soil extraction and removal trade”. It is thus necessary to refer to the reasoning adopted by the British Columbia Court of Appeal in that case to fully understand the position taken by our Court in *Allard*. At pp. 686-87, Bull J.A. referred to the objective pursued and the mischief the British Columbia legislature intended to remedy through the adoption of the provisions at issue and wrote:

In order to determine the true pith and substance of the impugned enactment, it seems requisite to ascertain into which slot the bylaw falls, and this, in turn, involves consideration of the circumstances surrounding its enactment. The facts can be shortly summarized into two principal categories. The first is that the removal of gravel and other substances from the eight or nine quarries or gravel pits in the Municipality by a continuous train of ten-ton trucks raised not only the displeasure of the inhabitants in the affected neighbourhoods, but past and prospective outlays of large sums of public funds

Il faut distinguer les circonstances du présent pourvoi de celles de l'arrêt *Allard*, précité. Dans cette affaire, notre Cour a jugé à l'unanimité que les droits volumétriques imposés par les municipalités pour l'enlèvement du gravier conformément aux par. 930(1) et 930(2) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, de la Colombie-Britannique avaient été dûment adoptés en vertu de l'application combinée des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions habilitantes ne pouvaient pas, comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci, être dissociées d'autres dispositions de la *Municipal Act* relatives aux routes, à leur réparation et à l'enlèvement de gravier, et toutes ces dispositions avaient trait, de par leur caractère véritable, à la réglementation des routes, de leur réparation et de l'enlèvement de gravier de façon telle que les droits contestés faisaient partie intégrante du régime. À la page 408, le juge Iacobucci a expliqué que ce lien devenait encore plus évident à la suite d'un examen des règlements contestés eux-mêmes. À cet égard, notre Cour a adopté expressément (voir p. 409) la qualification des dispositions antérieures aux règlements contestés, proposée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *LaFarge*, précité, à la p. 686, et selon laquelle il s'agissait d'un [TRADUCTION] «code complet et détaillé de réglementation du commerce d'extraction et d'enlèvement de gravier et de terre». Il faut donc se reporter au raisonnement adopté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans cette affaire pour bien comprendre la position prise par notre Cour dans l'arrêt *Allard*. Aux pages 686 et 687, le juge Bull parle de l'objectif poursuivi et du tort que la législature de la Colombie-Britannique voulait réparer par l'adoption des dispositions en cause:

[TRADUCTION] Pour déterminer le caractère véritable du texte législatif contesté, il semble nécessaire de vérifier quel créneau occupe le règlement, et cela suppose à son tour que l'on tienne compte des circonstances entourant son adoption. Les faits peuvent se résumer brièvement en deux points principaux. Premièrement, l'enlèvement de gravier et d'autres substances des huit ou neuf carrières ou gravières situées dans la municipalité par un convoi permanent de camions de dix tonnes soulevait non seulement le mécontentement des habitants du voisinage concerné, mais aussi les questions des

for road provision and maintenance as well as regulatory expenses. The second, the other side of the coin, is that 15¢ imposed by way of permit fee for each cubic yard removed creates a heavy burden on permit holders, and greatly increases their costs of doing business. It comes down to a fee of one dollar for each loaded ten-ton truck removing gravel away from the pits through the appellant's thorough-fares.

The bylaw being amended constitutes a complete and detailed code for the regulation of the gravel and soil extraction and removal trade, including the provision of the performance bonds and operational plans and surveys, obviously directed to safety and environmental control. In the light of the public problems and expenses resulting from the extended operation of the business in the Municipality, I am unable to conclude that the amending bylaw No. 2041, 1971, although completely changing, as it does, the basis of the permit fee and increasing it enormously, has become divorced from the licensing and regulatory concept and, in effect, has become a disguised taxation of an indirect nature. In my view, heavy as the fee may be, the levy is still ancillary and incidental, and intended so to be, to the regulatory licensing of a trade or business.

As was the case in *Allard*, the fee discussed by the British Columbia Court of Appeal in *LaFarge* formed an integral part of a legislative scheme aimed at regulating the gravel removing business in pursuance of various policy goals to the point where it had no integrity of its own, taking its "colour from the scheme" itself, to use Laskin C.J.'s words in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*, at p. 1234.

Finally, I emphasize that the fact that the Ontario Legislature specifically provided for the use that was to be made of the funds levied through EDCs and that the amount of money that could be levied and the way it could be spent were carefully restricted to that purpose, is not, in itself, determinative in characterizing the matter of the scheme. This issue necessitates a clarification of precisely what the "costs of regulation" — a phrase used by my colleague Iacobucci J. in his reasons — refers to. This Court's review of the cases in *Allard*,

importants débours passés et éventuels de fonds publics pour la construction et l'entretien de routes ainsi que celle des dépenses d'ordre réglementaire. Deuxièmement, c'est l'envers de la médaille, les 15 cents imposés au moyen du droit de permis sur chaque verge cube enlevée inflige un fardeau onéreux aux titulaires de permis et augmente grandement leurs frais d'affaires. Cela revient à un droit d'un dollar pour chaque camion de dix tonnes chargé qui utilise les voies publiques de l'appellante pour enlever du gravier des carrières.

Le règlement modifié constitue un code complet et détaillé de réglementation du commerce d'extraction et d'enlèvement de gravier et de terre, y compris la fourniture de garanties de bonne exécution ainsi que les inspections et les plans opérationnels, visant manifestement la sécurité et le contrôle de l'environnement. Compte tenu des dépenses et problèmes publics résultant de l'exploitation accrue de ce commerce dans la municipalité, je ne puis conclure que le règlement modificateur n° 2041, 1971, bien qu'il ait changé complètement le fondement du droit de permis et l'ait augmenté considérablement, s'est éloigné de la notion de délivrance de permis et de prise de règlement et, en fait, est devenu une taxation déguisée de nature indirecte. À mon avis, aussi élevé que puisse être le droit de permis, il est encore accessoire, et est censé l'être, à la délivrance par règlement d'un permis d'exercice d'un commerce.

Comme c'était le cas dans l'arrêt *Allard*, le droit examiné par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *LaFarge* faisait partie intégrante d'un régime législatif visant à réglementer le commerce de l'enlèvement de gravier dans le cadre de différents objectifs de principe au point où il n'avait aucune valeur propre et où il tirait son «caractère du régime» même, pour utiliser les termes adoptés par le juge en chef Laskin dans *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité, à la p. 1234.

En dernier lieu, je tiens à souligner que le fait que la législature de l'Ontario a expressément prévu l'usage qui devait être fait des fonds perçus au moyen des REE et que le montant d'argent qui pouvait être perçu et la façon dont il pouvait être dépensé ont été soigneusement limités à cet usage n'est pas, en soi, déterminant pour ce qui est de la qualification de la matière visée par le régime. Cette question exige que l'on précise exactement ce que l'on entend par l'expression les «coûts de la réglementation» — utilisée par mon collègue le

supra (see pp. 398 *et seq.*) demonstrates that the expression "costs of regulation" was developed and adopted in cases that dealt, in the context of the constitutional validity of provincial marketing schemes, with the constitutionality of "expenses levies" to describe the expenses incurred by marketing boards responsible for administering the scheme in issue. Such levies were consistently (the only exception is the Privy Council's decision in the *Crystal Dairy* case which, as we have seen, was finally overruled by this Court in 1978) characterized as being ancillary and adhesive to the marketing scheme they were aimed at financing to the point that they related, in pith and substance, to the same matter as that of the impugned schemes to which they related. However, I cannot agree that those authorities are to be interpreted, and the expression "costs of regulation" to be defined, in such a way that as long as a province specifically provides for the use that will be made of the funds levied, and that the amount that will be permitted to be levied and the use that will be made of that money are carefully limited to such purposes and that this purpose is one of exclusive provincial legislative jurisdiction (such as the building of schools), the legislation providing for such levy will then necessarily relate, in pith and substance, to the matter to which such purpose relates.

juge Iacobucci dans ses motifs. L'examen de la jurisprudence effectué par notre Cour dans l'arrêt *Allard*, précité (pp. 398 et suiv.), montre que l'expression «coûts de la réglementation» a été élaborée et adoptée dans des arrêts traitant, dans le contexte de la constitutionnalité de régimes provinciaux de commercialisation, de celle des «prélèvements pour les dépenses», pour décrire les dépenses des commissions de commercialisation chargées de l'administration du régime en cause. Ces prélèvements ont été constamment (la seule exception étant l'arrêt du Conseil privé *Crystal Dairy*, qui, comme nous l'avons vu, a été renversé en fin de compte par notre Cour en 1978) qualifiés d'accessoire et de rattachés au régime de commercialisation qu'ils visaient à financer au point qu'ils avaient trait, de par leur caractère véritable, à la même matière que celle des régimes contestés auxquels ils se rapportaient. Toutefois, je ne puis être d'accord pour dire que ces décisions doivent être interprétées, et l'expression «coûts de la réglementation» être définie, de telle sorte que, tant qu'une province prévoit expressément l'usage qui devra être fait des fonds perçus et que le montant qu'il sera permis de percevoir et l'usage qui sera fait de cet argent sont soigneusement limités à cette fin et que celle-ci relève de la compétence législative exclusive des provinces (telle que la construction d'écoles), la loi prévoyant un prélèvement aura nécessairement trait, de par son caractère véritable, à la matière à laquelle l'usage qui en sera fait se rapporte.

122 The adoption of such a position would be completely at odds with the structure of the Constitution and with the previous jurisprudence of this Court. The general power for the raising of revenues for provincial purposes by taxation was accorded to provinces by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, which limits them to direct taxation. That limitation serves a number of fundamental constitutional policies already identified. The courts have, it is true, upheld levies of money under regulatory powers in s. 92 where these constitute, in substance, a manner of regulating a specific activity. Examples are pooling arrangements, which are obviously an integral aspect of some regulatory schemes, expenses levies imposed on

L'adoption d'une telle position irait à l'encontre de la structure de la Constitution et de la jurisprudence antérieure de notre Cour. Le pouvoir général de prélever un revenu à des fins provinciales au moyen de la taxation a été attribué aux provinces par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui le limite à la taxation directe. Cette limitation répond à un certain nombre de politiques constitutionnelles fondamentales déjà mentionnées. Les tribunaux, il est vrai, ont confirmé la validité de la perception de sommes d'argent effectuée en vertu des pouvoirs de réglementation prévus à l'art. 92 lorsqu'elle constitue, en substance, une façon de réglementer une activité précise. À titre d'exemples, mentionnons les dispositifs de

persons engaged in a particular activity, as occurred in the provincial marketing cases, or charges for services rendered to persons specifically benefitting from a regulated activity and intended to pay the costs of such services, e.g., the type of fees envisaged by the Privy Council in *Reed, supra*. The *Allard* case falls within this general description, but as I elsewhere indicated in dealing with *LaFarge, supra*, on which *Allard* is based, the case lies at the outer edges of the concept of regulatory charges (see my book, *supra*, at pp. 159-60). It is important, however, to refer to a number of aspects in the scheme that underlined its regulatory aspects. Not only was the money levied to be used for purposes specifically provided for in the legislation; it was also required to pay the costs incurred in constructing and maintaining roads which were essential to the regulated activities and it was levied upon the persons who took part in those very activities. The imposition of fees to pay costs integral to this activity was in those circumstances viewed by this Court as being in essence regulatory charges. These fees did not amount to a mere cloak for raising money for other purposes.

What we have here is a quite different scheme, one that would extend the concept of regulatory charge beyond the limits of its logic. The persons called upon to pay the EDCs are owners of land upon which construction, mostly housing, is to be undertaken, the levies to be used to build schools the local school board may consider necessary for the children who will live in the houses. An EDC seems to me to have all the earmarks of a tax as identified by previous decisions of this Court — a compulsory levy imposed by law by a public body for a public purpose. It is, as I earlier noted, in pith and substance, a tax. It is not aimed at regulating the construction of houses or other buildings. It is not an integral part of the activity in which those

mise en commun de ressources, qui font manifestement partie intégrante de certains régimes de réglementation, les prélèvements pour les dépenses imposés aux personnes qui se livrent à une activité particulière, comme dans les affaires concernant les régimes de commercialisation provinciaux, ou les redevances pour services rendus imposées aux personnes qui bénéficient expressément d'une activité réglementée et destinée à payer les coûts de tels services, p. ex. le genre de droits envisagés par le Conseil privé dans l'arrêt *Reed*, précité. L'arrêt *Allard* entre dans cette description générale, mais, comme je l'ai indiqué ailleurs relativement à l'arrêt *LaFarge*, précité, sur lequel est fondé l'arrêt *Allard*, ce cas se trouve à la limite du concept des redevances de nature réglementaire (voir mon livre, *op. cit.*, aux pp. 159 et 160). Il est important, cependant, de se reporter à certains traits du régime qui soulignaient ses aspects réglementaires. Non seulement les sommes étaient perçues pour servir à des fins prévues expressément dans la loi, mais elles étaient également requises pour financer les coûts de la construction et de l'entretien de routes qui étaient essentielles aux activités réglementées et elles étaient perçues auprès des personnes qui participaient à ces activités mêmes. Les droits imposés pour payer les frais faisant partie intégrante de cette activité ont, dans ces circonstances, été considérés par notre Cour comme étant en soi des redevances de nature réglementaire. Ils n'équivalaient pas à un simple moyen détourné pour percevoir des fonds à d'autres fins.

Nous sommes en présence ici d'un régime tout à fait différent, qui étendrait la notion de redevance de nature réglementaire au-delà des limites de sa logique. Les personnes à qui les REE sont imposées sont les propriétaires de terrains sur lesquels sera entreprise la construction de logements, en grande partie, et les redevances seront utilisées pour la construction d'écoles que le conseil scolaire local peut juger nécessaires pour les enfants habitant ces maisons. Une REE me semble avoir toutes les caractéristiques d'une taxe, que notre Cour a déjà établies dans des arrêts antérieurs — un prélèvement obligatoire imposé par la loi par un organisme public dans un but d'intérêt public. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, elle

engaged are regulated. Rather it is expressly aimed at raising a revenue for another purpose, building schools. Regulatory charges have thus far been tied, as they must constitutionally be, to the regulation of particular activities. The levy certainly does not regulate those engaged in the construction of houses. Nor does it regulate the building of schools; it simply collects monies from those constructing houses for the purpose of building schools. I am not, of course, blind to the fact that housing developments will put pressure on school boards in the area to build new schools to accommodate the children who will come to these new areas, but that is a matter of legislative choice, a choice dictated by many other considerations as well, such as the kind and quality of the educational services. This is not a case, like *Allard, supra*, where the activity engaged in by the persons against whom a levy was raised (operators of gravel pits), causes the community to incur additional expenditures in constructing and maintaining roads required by the performance of the activity regulated. What dictates the need for schools is not so much that there is construction, but that there are children who need to be educated. That does not result from the fact that residences are constructed — rather construction of residences, like schools, result from the fact that an increasing population requires these facilities. The schools and residences would generally be required wherever they were built. All the construction dictates is where these residences are built. The legislative choice of permitting local school boards to impose levies to pay these additional costs for schooling on landowners who construct residences in their area, rather than imposing the costs on taxpayers generally, seems perfectly legitimate. And it is equally legitimate that the construction industry (which apparently owns the bulk of the land) should bear its share of the costs since it benefits economically from the development. That, in fact, is all the EDCs have done. A portion of the costs originally borne by taxpayers throughout the province are now being borne by the landowners in the

constitue de par son caractère véritable, une taxe. Elle ne vise pas à réglementer la construction de maisons ou autres bâtiments. Elle ne fait pas partie intégrante de l'activité à laquelle se livrent ceux qui sont réglementés. Elle vise plutôt expressément à percevoir des sommes d'argent à une autre fin, soit la construction d'écoles. Les redevances de nature réglementaire ont jusqu'ici été liées, comme elles doivent l'être sur le plan constitutionnel, à la réglementation d'activités spécifiques. La redevance ne réglemente certainement pas ceux qui se livrent à la construction de maisons. Elle ne réglemente pas non plus la construction d'écoles; elle sert uniquement à percevoir des fonds de ceux qui construisent des maisons, en vue de la construction d'écoles. Bien évidemment, je n'ignore pas que les exploitations à des fins domiciliaires inciteront les conseils scolaires de la région à construire de nouvelles écoles devant servir les enfants qui viendront habiter dans ces nouveaux quartiers, mais c'est une question de choix législatif, un choix dicté par beaucoup d'autres considérations, comme le genre et la qualité des services d'enseignement. Il ne s'agit pas d'un cas, comme dans l'arrêt *Allard*, précité, où l'activité à laquelle se livraient les personnes à qui un droit était imposé (les exploitants de gravières) oblige la collectivité à engager des dépenses supplémentaires pour la construction et l'entretien des routes requises pour l'exécution de l'activité réglementée. Ce qui dicte le besoin en écoles, ce n'est pas tant qu'il y ait de la construction mais qu'il y ait des enfants qui ont besoin d'instruction. Cela ne découle pas du fait que des résidences sont construites — mais plutôt que la construction de résidences, comme d'écoles, résulte du fait qu'une population croissante requiert ces installations. Les écoles et les résidences seraient généralement requises là où elles ont été construites. Tout ce que la construction dicte est l'endroit où ces résidences sont construites. Il semble parfaitement légitime que le législateur choisisse de permettre aux conseils scolaires d'imposer aux propriétaires de terrains qui construisent des résidences dans leur secteur des redevances pour couvrir ces coûts supplémentaires d'enseignement, plutôt que d'en faire supporter les frais par les contribuables en général. Et il est également légitime que l'industrie de la construction

area engaged in. They are not being regulated in doing so; they are being taxed.

To extend the concept of regulatory charges in the manner proposed would virtually deprive the distinction between taxation and regulation of all meaning. A skillful draftsman (or, in this case, counsel) could easily find ways to combine inter-related activities into global schemes and impose "regulatory charges" on a person engaged in any of these activities to pay for the costs of other activities. There is nothing necessarily pernicious about this as a policy choice, of course. This is not an uncommon way of imposing taxation. But when money is raised by provincial taxation it is subject to the limitation to direct taxation. Regulatory powers are not subject to this restriction. The many reasons already identified demonstrate that the restriction to direct taxation represents an important component of the constitutional arrangements agreed upon by the framers of the Constitution in 1867. This, and the underlying policies that support it, strongly militate against this Court permitting provincial legislatures imposing levies that are in their incidence indirect through legislation cloaked as regulatory schemes, which can only rest in pith and substance on taxation as contemplated by s. 92(2) as interpreted over the years by the Privy Council and this Court. The particular scheme with which we are here concerned does not, it is true, affect these policies. That is because it happens to relate to land, but I see no reason on the basis of the logic used to justify this scheme, why it should not be used in relation to other

(qui est apparemment propriétaire de la majeure partie des terrains) doit supporter sa part des coûts puisqu'elle bénéficie de ces exploitations sur le plan économique. C'est, en réalité, tout ce que les REE ont fait. Une partie des coûts supportés à l'origine par les contribuables partout dans la province sont maintenant supportés par les propriétaires des terrains du secteur concerné. Ces derniers ne sont pas de ce fait réglementés; ils sont taxés.

Étendre la notion de redevances de nature réglementaire de la façon proposée enlèverait pratiquement toute signification à la distinction entre la taxation et la réglementation. Un rédacteur habile (ou, dans le cas présent, un conseiller juridique) pourrait facilement trouver des moyens de combiner des activités interreliées dans des régimes globaux et imposer des «redevances de nature réglementaire» à une personne se livrant à l'une de ces activités pour couvrir les coûts d'autres activités. Naturellement, cette démarche n'a rien de nécessairement pernicieux en tant que choix de principe. Ce n'est pas une façon inhabituelle d'imposer une taxe. Mais lorsque la perception se fait au moyen d'une taxe provinciale, elle est assujettie à la restriction à la taxation directe. Les pouvoirs de réglementation ne sont pas assujettis à cette restriction. Les nombreuses raisons déjà signalées montrent que la restriction à l'égard de la taxation directe constitue une composante importante du compromis constitutionnel auquel sont parvenus les rédacteurs de la Constitution en 1867. Cet état de choses et les politiques sur lesquelles il se fonde nécessitent que notre Cour évite de confirmer la validité de prélèvements par les législatures provinciales qui, quant à leur incidence, sont indirects et font partie de mesures législatives déguisées en régime de réglementation, alors que, de par leur caractère véritable, ils constituent de la taxation au sens du par. 92(2) selon l'interprétation donnée au cours des ans par le Conseil privé et notre Cour. Le régime particulier qui nous concerne en l'espèce ne touche pas, il est vrai, à ces politiques. Il en est ainsi parce qu'il a trait à des terrains, mais je ne vois aucune raison, selon le fondement logique utilisé pour justifier ce régime, pour laquelle il ne pourrait être utilisé en rapport avec d'autres

schemes, and thereby offend against the constitutional policies just mentioned.

régimes et enfreindre ainsi les politiques constitutionnelles qui viennent d'être mentionnées.

125 Thus, I am of the view that the EDC scheme constitutes taxation. EDCs are not regulatory charges because they relate, in pith and substance, to "Taxation . . . in order to the raising of a Revenue" as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Consequently, it is necessary to now turn to the issue of direct taxation to determine whether the scheme is *intra vires* the Legislature of Ontario.

Je suis donc d'avis que le régime des REE constitue de la taxation. Les REE ne sont pas des redevances de nature réglementaire parce qu'elles ont trait, de par leur caractère véritable, à la «taxation [. . .] en vue de prélever un revenu» conformément au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, il est nécessaire de passer maintenant à la question de la taxation directe pour déterminer si le régime relève de la compétence de la législature de l'Ontario.

EDCs Are Direct Taxes as Contemplated by Section 92(2)

Les REE sont des taxes directes envisagées au sens du paragraphe 92(2)

126 As I noted at the outset, I am of the view that the EDC scheme is *intra vires* the Legislature of Ontario as a direct tax within the meaning of the *Constitution Act, 1867*. I do so because it is a tax on land, a type of tax that has always been regarded as a quintessential example of a direct tax. It bears all the usual hallmarks of a land tax. It is imposed on the owner, and it is collectable against the land itself; see, for example, *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87.

Comme je l'ai fait remarquer au début, je suis d'avis que le régime des REE relève de la compétence de la législature de l'Ontario en tant que taxe directe au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*. J'arrive à cette conclusion parce qu'il s'agit d'une taxe foncière, type de taxe qui a toujours été considéré comme le meilleur exemple d'une taxe directe. Les REE comportent toutes les caractéristiques habituelles d'une taxe foncière. Elles sont imposées au propriétaire, et sont percevables sur le bien-fonds même; voir par exemple l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87.

127 The reason why land taxes have always been characterized as direct taxes for the purposes of s. 92(2) is, as the Privy Council noted in *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, because they were so perceived by the framers of the Constitution. Viscount Cave, L.C., at pp. 124-25, made this very clear in a passage referred to by my colleague Iacobucci J., at para. 45:

Comme l'a précisé le Conseil privé dans l'arrêt *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, les taxes foncières ont toujours été qualifiées de taxes directes pour les fins du par. 92(2) parce qu'elles étaient ainsi perçues par les rédacteurs de la Constitution. Le vicomte Cave, lord chancelier, aux pp. 124 et 125, dans un passage que cite mon collègue le juge Iacobucci, au par. 45, le mentionne très clairement:

The framers of that Act evidently regarded taxes as divisible into two separate and distinct categories — namely, those that are direct and those which cannot be so described, and it is to taxation of the former character only that the powers of a Provincial government are made to extend. From this it is to be inferred that the distinction between direct and indirect taxes was well known before the passing of the Act; and it is undoubtedly the fact that before that date the classification was

[TRADUCTION] Les rédacteurs de cette loi ont de toute évidence considéré que les taxes pouvaient être divisées en deux catégories distinctes, soit celles qui sont directes et celles qui ne peuvent se décrire ainsi — et que c'est à la première catégorie seulement que s'étendent les pouvoirs des gouvernements provinciaux. On peut en déduire que la distinction entre taxes directes et taxes indirectes était bien connue avant l'adoption de la loi; avant cette date, les hommes d'État et les économis-

familiar to statesmen as well as to economists, and that certain taxes were then universally recognized as falling within one or the other category. Thus, taxes on property or income were everywhere treated as direct taxes; and John Stuart Mill himself, following Adam Smith, Ricardo and James Mill, said that a tax on rents falls wholly on the landlord and cannot be transferred to any one else. . . . When therefore the Act of Union allocated the power of direct taxation for Provincial purposes to the Province, it must surely have intended that the taxation, for those purposes, of property and income should belong exclusively to the Provincial legislatures, and that without regard to any theory as to the ultimate incidence of such taxation. [Emphasis added.]

(See also *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545.)

My colleague Iacobucci J. acknowledges in his reasons that land taxes have consistently been considered as direct taxes within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, regardless of their general incidence, since the Privy Council's decision in *Fairbanks*, *supra*. However, he finds that EDCs are not true or traditional land taxes. In his opinion, land taxes are (a) imposed on land, (b) against the owner of the land and (c) assessed as a percentage of the value of the land or as a fixed charge per acre. He finds that EDCs could not be characterized as land taxes for the following reasons (at para. 48). First, the purpose of the EDC scheme is "not taxation of land, but rather, taxation imposed in order to defray the costs of infrastructure necessitated by new residential development". Secondly, "it is not the ownership of land *qua* land that is the object and purpose of the tax, but rather, the costs of infrastructure associated with new development upon land". Finally, "[t]he assessment of the tax is not based upon the value of the land, but rather, is based on the impact development will have in terms of creating a need for educational services". Once again, with respect, I must express my disagreement with the position adopted by my colleague.

tes étaient indiscutablement au fait de cette classification, et certaines taxes étaient alors universellement reconnues comme entrant dans l'une ou l'autre catégorie. Ainsi la taxe foncière ou l'impôt sur le revenu étaient partout considérés comme des taxes directes; John Stuart Mill lui-même, à la suite d'Adam Smith, de Ricardo et de James Mill, disait qu'une taxe sur la rente portait exclusivement sur le propriétaire, qui ne pouvait en rejeter le fardeau sur qui que ce soit. [. . .] Ainsi, lorsque aux termes de l'Acte d'Union le pouvoir d'imposer des taxes directes à des fins provinciales a été attribué à la province, il était certainement entendu que l'imposition, à ces fins, d'une taxe foncière ou d'un impôt sur le revenu devait relever exclusivement des législatures provinciales et ce, indépendamment de toute théorie sur l'incidence ultime de ces taxes. [Je souligne.]

(Voir aussi *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545.)

Mon collègue le juge Iacobucci reconnaît dans ses motifs que, depuis l'arrêt *Fairbanks*, précité, du Conseil privé, les taxes foncières ont toujours été considérées comme des taxes directes au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, quelle que soit leur incidence générale. Cependant, il a conclu que les REE ne sont pas des taxes foncières véritables ou traditionnelles. À son avis, les taxes foncières sont a) imposées à l'égard d'un terrain, b) au propriétaire de ce terrain, et c) calculées en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre. Il considère que les REE ne peuvent être qualifiées de taxes foncières pour les motifs suivants (au par. 48). Premièrement, le régime des REE ne vise pas à «imposer les terrains mais bien à financer le coût des infrastructures rendues nécessaires par les nouvelles exploitations à des fins résidentielles». Deuxièmement, «ce n'est pas en soi la propriété du terrain qui est l'objet de la taxe, mais plutôt les coûts d'infrastructure afférents à la nouvelle exploitation». Enfin, «[l]e calcul de la taxe n'est pas basé sur la valeur du terrain, mais sur les répercussions qu'aura l'exploitation sur le besoin de services d'enseignement». De nouveau, en toute déférence, je dois exprimer mon désaccord avec la position adoptée par mon collègue.

129

My colleague's approach invites consideration on two different levels. The first involves the narrow question of what the courts have held to constitute a land tax over the years. I shall, for convenience, deal with this question on the basis of the authorities first. The issue cannot, however, be fully understood, without consideration of much broader issues. For what my colleague seeks to do is to construe a tax imposed on a landowner and collectable against the land as an indirect tax because there will be a tendency for the incidence of the tax to be passed on to subsequent purchasers of the property given the fact that the land is taxed only on owners who engage in development of the land and that the majority of them are builders who are building for sale. This raises the broader issues to which I have alluded. It invites consideration of the constitutional policies underlying the division of taxes into direct and indirect, and more specifically the circumstances in which it is appropriate simply to have recourse to the broad categories of taxes contemplated by the framers of the Constitution, rather than those where it may best serve their underlying purposes to apply Mill's test which is concerned with classifying direct and indirect taxation on the basis of the incidence of such taxes. As mentioned, I shall first deal with the narrow issue.

The Land Tax Cases

130

To begin with, the courts have invariably defined land taxes in a manner consistent with that set forth at the beginning of this section, i.e., one imposed on land or on the owner of land; see, for example, *Rattenbury v. Land Settlement Board*, [1929] S.C.R. 52, at p. 73; and *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, at pp. 258-59. I have found no authority to support the other requirements added by my colleague Iacobucci J. While the best known examples of land taxes are the ordinary municipal rates and taxes, they are by no means confined to these, and a wide variety of taxes have been held to be taxes on land because

L'analyse de mon collègue commande un examen en deux points. Premièrement, il faut examiner la question restreinte de savoir ce que les tribunaux ont considéré comme une taxe foncière au fil des ans. Par souci de commodité, j'examinerai cette question en me fondant tout d'abord sur la jurisprudence. Cependant, cette question ne peut être pleinement comprise sans l'examen de questions beaucoup plus générales. Car, ce que mon collègue cherche à faire, c'est d'interpréter une taxe imposée à un propriétaire foncier et percevable sur le bien-fonds comme étant une taxe indirecte parce que l'incidence de cette taxe aura tendance à être reportée sur les acheteurs subséquents compte tenu du fait que le bien-fonds n'est taxable que pour les propriétaires qui l'exploitent et qu'il s'agit dans la majorité des cas de constructeurs qui construisent pour la vente. Cela soulève les questions générales auxquelles je viens de faire allusion et appelle un examen des politiques constitutionnelles sur lesquelles est fondée la classification des taxes en taxes directes et indirectes, plus particulièrement des circonstances dans lesquelles il convient d'avoir simplement recours aux catégories générales de taxes envisagées par les rédacteurs de la Constitution, plutôt qu'à celles dont les fins sous-jacentes seraient mieux servies par l'application du critère de Mill, aux termes duquel la taxation est directe ou indirecte selon l'incidence de la taxe. Comme je l'ai mentionné, j'examinerai tout d'abord la question restreinte.

La jurisprudence sur la taxe foncière

Il faut tout d'abord préciser que les tribunaux ont toujours défini les taxes foncières d'une façon compatible avec celle exposée au début de la présente section, c.-à-d., une taxe imposée sur un bien-fonds ou à son propriétaire; voir par exemple *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52, à la p. 73, et *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231, aux pp. 258 et 259. Je n'ai trouvé aucune jurisprudence à l'appui des autres exigences ajoutées par mon collègue le juge Iacobucci. Bien que les exemples de taxes foncières les plus connues soient les taxes municipales ordinaires, ce ne sont pas les seules, et toute une

they were imposed on land or its owner, whatever their ultimate incidence might be thought to be.

I shall mention only a few of the cases, beginning with the *Fairbanks* case itself. The tax there was a specific levy on land in respect of businesses conducted on the property by their tenants, although it was abundantly clear that the landlords would recoup themselves against the tenants. If my colleague's approach is correct, I do not see why the Privy Council would not have treated that tax as, in substance, a business tax which was intended ultimately to be paid by the tenants. That indeed is what this Court had done in that case; see [1926] S.C.R. 349. But the Privy Council reversed this decision. At p. 126, Viscount Cave, L.C., had this to say about the matter:

The authorities cited by Newcombe J. show the use made by this Board of Mill's definition in determining whether a new or special tax, such as a stamp duty, a licence duty or a percentage on turnover, should be classed as direct or indirect; but, with the possible exception of *Cotton v. The King*, which seems to have turned on its own facts, they do not afford any instance in which a tax otherwise recognized as direct has been held to be indirect for the purposes of the British North America Act by reason of any theory as to its ultimate incidence. [Emphasis added.]

The Privy Council's approach in *Fairbanks* has been followed ever since. Thus, while this Court, in the *Esquimalt and Nanaimo Railway Co.* case, *supra*, held a tax on land essentially based on the market value of the timber thereon to be indirect because of the obvious tendency of the tax to be passed on to the purchasers of the timber, the Privy Council reversed that decision because it was a land tax. So too in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, the Saskatchewan *Mineral Taxation Act, 1948*, S.S. 1948, c. 24, which imposed a tax on minerals in producing areas of the province at a rate based on the fair market value of the minerals, was held valid as a land tax. Again, in *R. v. Churchill*

gamme de taxes ont été considérées comme étant des taxes foncières du fait qu'elles étaient imposées sur le bien-fonds ou à son propriétaire, quelle que soit l'incidence ultime qu'on leur ait imputée.

Je ne mentionnerai que quelques arrêts, à commencer par l'arrêt *Fairbanks* lui-même. Dans cet arrêt, la taxe était un droit spécifique sur un bien-fonds relativement à des entreprises exploitées par des locataires, mais il était fort clair que les propriétaires répercuteraient la taxe sur les locataires. Si l'analyse de mon collègue est correcte, je ne vois pas comment le Conseil privé n'aurait pas considéré cette taxe comme essentiellement une taxe d'affaires devant finalement être payée par les locataires. C'est en fait ce que notre Cour avait statué; voir [1926] R.C.S. 349, décision que le Conseil privé a infirmée. À la page 126, le vicomte Cave, lord chancelier, a affirmé relativement à cette question:

[TRADUCTION] La jurisprudence citée par le juge Newcombe illustre l'utilisation que notre Conseil a faite de la définition de Mill pour déterminer si une taxe nouvelle ou spéciale, comme un droit de timbre, un droit de licence ou un pourcentage du chiffre d'affaires, devrait être considérée comme directe ou indirecte; cependant, à la seule exception possible de l'arrêt *Cotton c. The King* — qui semble avoir été tranché sur le fondement de ses propres faits — la jurisprudence ne comporte aucun cas où une taxe normalement considérée comme directe aurait été jugée indirecte pour les fins de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en raison d'une théorie fondée sur son incidence ultime. [Je souligne.]

L'analyse adoptée par le Conseil privé dans *Fairbanks* a toujours été suivie par la suite. En conséquence, même si notre Cour a statué, dans *Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, précité, qu'une taxe foncière essentiellement fondée sur la valeur marchande du bois d'œuvre était indirecte parce qu'il existait une tendance évidente à la reporter sur les acheteurs du bois, le Conseil privé a infirmé cette décision parce qu'il s'agissait d'une taxe foncière. De même, dans *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, précité, notre Cour a jugé valide en tant que taxe foncière une taxe sur les minéraux imposée par la *Mineral Taxation Act, 1948* de la Saskatchewan, S.S. 1948, ch. 24, dans les régions produc-

(1972), 29 D.L.R. (3d) 368 (B.C.S.C.), McIntyre J., later of this Court, held that a fee imposed on operators of mobile home parks calculated in terms of the number of units in a park was a tax on land and so historically a direct tax. That fee would clearly have a tendency to be passed on to the unit holders. It can scarcely be said, as my colleague does, that these are "traditional" land taxes. As in the present case, they are based on specific uses of the land that make it very likely that the taxes will be recouped by the landowner against others. Indeed, in all the cases I have examined, taxes against land or its owner have invariably been held to be direct. This approach was most recently confirmed by this Court in *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, *supra*. There Dickson J., as he then was, dissenting but on this point speaking for a unanimous Court (see Martland J.'s reasons, at p. 558), had this to say, at p. 583:

Clearly, direct and indirect taxation are terms of historical reference, and although there is no reason to believe that the *B.N.A. Act* is not a document of evolving meaning, not limited to its original inspiration, jurisprudence, in so far as concerns particular forms of taxation like income or property taxes, has captured the historical spirit of "direct" and "indirect" taxation and preserved it. [Emphasis added.]

133

The only taxes in the cases I have found that could arguably have been considered as land taxes that were held to be indirect were taxes that were viewed by the courts as being in substance export taxes or other taxes on commodities produced from the land and entering into the general stream of commerce; see *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, *supra*; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713. The impact on interprovincial and international trade, and the extraterritorial implications generally, of such commodity taxes are obvious, a point that I find is telling, and I shall expand on it later. At this stage, I simply observe that that is not the case

trices de la province, et dont le taux était fondé sur la juste valeur marchande des minéraux. De même, dans *R. c. Churchill* (1972), 29 D.L.R. (3d) 368 (C.S.C.-B.), le juge McIntyre, plus tard membre de notre Cour, a jugé qu'un droit frappant les exploitants de parcs de maisons mobiles, calculé en fonction du nombre d'unités dans le parc, était une taxe foncière et donc, historiquement, une taxe directe. Il existait clairement une tendance à reporter ce droit sur les détenteurs des unités. On ne peut guère affirmer, comme le fait mon collègue, qu'il s'agit de taxes foncières «traditionnelles». Comme en l'espèce, il s'agit de droits fondés sur des usages spécifiques d'un bien-fonds, qui font que le propriétaire les reportera fort probablement sur autrui. En fait, dans tous les cas que j'ai examinés, les taxes foncières ou celles qui frappent les propriétaires ont invariablement été considérées comme des taxes directes. Cette analyse a été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité. Dans cet arrêt, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident mais exposant l'opinion unanime de notre Cour sur ce point (voir les motifs du juge Martland, à la p. 558), a affirmé ceci à la p. 583:

Il est clair que l'expression taxation directe et indirecte a une connotation historique et bien qu'il n'y ait aucune raison de croire que l'*A.A.N.B.* n'est pas un document dont le sens évolue, qui n'est pas limité à son inspiration originale, la jurisprudence, pour autant qu'elle porte sur des formes particulières de taxation comme l'impôt sur le revenu ou les taxes sur la propriété, a capté le sens historique de taxation «directe» et «indirecte» et l'a conservé. [Je souligne.]

Les seules taxes qui dans la jurisprudence auraient peut-être pu selon moi être qualifiées de taxes foncières, mais qui ont été jugées indirectes, étaient des taxes que les tribunaux ont considérées pour l'essentiel comme des taxes à l'exportation ou autres taxes sur les marchandises produites à partir d'un bien-fonds et destinées à entrer dans le circuit général du commerce; voir *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité, *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713. L'incidence de ces taxes sur les marchandises sur le commerce interprovincial et international et leurs répercussions extraterritoriales générales sont évidentes, point que je trouve signi-

here; the burden of a land tax cannot be passed on to persons operating outside the province. I note parenthetically that I am using the word “commodity” here in its ordinary commercial sense of articles of trade (see *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995)) as it has invariably been used in this area of law, as contrasted with land; see, for example, *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, at p. 258.

The Purposes of Provincial Limitation to Direct Taxation

I mentioned earlier that the categorization of export taxes as indirect taxation was telling. That is because, in my view, it reflects a broader reality. As I see it, the primary, if not the only, rationale now underlying the prohibition of indirect taxation imposed on the provinces by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* is that the direct effect of their taxation measures must be confined within their territory, and in considering the validity of a given tax by reference to its incidence this should be taken into account. This may, at first blush, appear to ignore the insistence of many of the participants in the Confederation debates that the provinces, because of the revenues arising out of the public domain, would have little need to resort to taxation and that if they did, transparency and accountability would be promoted by their being confined to direct taxation. These protestations in an era of *laissez faire* should not, however, blind us to the manner in which the enactment was drafted and the nature of governmental bodies being established or, importantly, what the framers understood as being comprised within the term direct taxation. As I mentioned earlier, the type of taxes they contemplated as direct taxes, land taxes for example, were seen to have predominantly local impact, while those seen as indirect, such as customs and excise, had an obvious tendency to have extraterritorial impact. Moreover, s. 92(2) expressly limited provincial taxes to the province,

ficatif et que j'examinerai davantage plus loin. Pour le moment, je tiens tout simplement à faire remarquer que ce n'est pas le cas en l'espèce; le fardeau d'une taxe foncière ne peut être reporté sur des personnes qui agissent à l'extérieur de la province. Entre parenthèses, je tiens à mentionner que j'utilise le terme «marchandise» (*commodity*) dans son sens commercial ordinaire (voir *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995)) comme il a toujours été utilisé dans ce domaine du droit, par opposition au bien-fonds; voir par exemple *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, précité, à la p. 258.

Les motifs pour lesquels les provinces sont restreintes à la taxation directe

J'ai mentionné plus haut que le fait que l'on qualifie les taxes à l'exportation de taxation indirecte est significatif. À mon avis, ceci est le reflet d'une réalité plus globale. Selon moi, la principale justification actuellement, voire la seule, de l'interdiction qui est faite aux provinces d'imposer des taxes indirectes aux termes du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est que l'effet direct de leurs mesures fiscales doit être circonscrit aux limites de leur territoire; en conséquence, il y aurait lieu de tenir compte de ce facteur dans l'examen de la validité d'une taxe donnée par rapport à son incidence. De prime abord, on peut sembler ne pas tenir compte du fait que beaucoup de participants aux débats confédératifs ont insisté sur le fait que les provinces, en raison des recettes qu'elles pouvaient tirer du domaine public, n'auraient pas vraiment besoin de recourir à la taxation, et qu'elles devaient, si elles s'en servaient, être limitées au champ de la taxation directe, ce qui favoriserait ainsi la transparence et la responsabilité. Cependant, ces protestations à une époque de *laissez-faire* ne devraient pas nous empêcher d'examiner la façon dont la disposition a été rédigée ni la nature des organismes gouvernementaux qui étaient établis ou, ce qui est important, ce que les rédacteurs considéraient comme une taxe directe. Comme je l'ai déjà mentionné, le type de taxes qu'ils considéraient comme des taxes directes, les taxes foncières par exemple, avaient principale-

and, as Professor Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992)) explained in the passage of his treatise cited by my colleague, at para. 38, the limitation to direct taxation has prevented provinces from doing indirectly what they could not do directly, since an indirect tax, while being technically levied initially "within the province" as contemplated by s. 92(2), could ultimately be borne by persons outside the province. What is more, as I indicated earlier and will again discuss shortly, this approach is wholly consistent with the basic structure of the Constitution.

ment un effet local, alors que les taxes qu'ils considéraient comme des taxes indirectes, comme les douanes et l'accise, avaient de toute évidence tendance à avoir un effet extraterritorial. En outre, le par. 92(2) limitait expressément les taxes provinciales à la province et, comme le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992)) l'explique dans l'extrait de son traité que cite mon collègue, au par. 38, cette restriction en matière de taxation directe a empêché les provinces de faire indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement puisqu'une taxe indirecte, qui serait techniquement perçue à l'origine «dans les limites de la province» comme le prévoit le par. 92(2), pourrait finalement être assumée par des personnes à l'extérieur de la province. Qui plus est, comme je l'ai déjà indiqué et comme je l'examinerai de nouveau un peu plus loin, cette analyse est tout à fait compatible avec la structure fondamentale de la Constitution.

135 At all events, since 1867, the federation has evolved immensely on every level. In particular, provincial activities have expanded immeasurably, requiring the provinces to develop new sources of taxation, endeavours to which the courts responded favourably. In the course of this development, as everyone now agrees, some of the earlier rationales advanced by the framers have become obsolete and, in interpreting s. 92(2) and defining the scope of the prohibition of indirect taxation, courts have gradually become more and more conscious of this reality. First, social and political changes have greatly increased the role provinces had in the federation by rendering increasingly important — and costly — the exclusive legislative responsibilities conferred on them by the *Constitution Act, 1867*. Secondly, the negative perception towards indirect means of taxation has effectively disappeared over the years. Professor Magnet in "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473, at p. 533, has this to say:

Quoi qu'il en soit, depuis 1867, la fédération a beaucoup évolué à tous les points de vue. Plus particulièrement, les activités provinciales ont pris une ampleur sans pareil, les provinces se voyant contraintes à trouver de nouvelles sources de taxation, ce à quoi les tribunaux ont répondu favorablement. Au cours de cette évolution, comme tout le monde le reconnaît maintenant, certaines des premières justifications avancées par les rédacteurs sont devenues désuètes et les tribunaux, dans l'interprétation du par. 92(2) et de la portée de l'interdiction en matière de taxation indirecte, sont devenus progressivement de plus en plus conscients de cette réalité. Premièrement, les changements sociaux et politiques ont grandement accru le rôle des provinces dans la fédération en rendant de plus en plus importantes — et coûteuses — les responsabilités législatives exclusives que la *Loi constitutionnelle de 1867* leur a conférées. Deuxièmement, les sentiments négatifs à l'égard des moyens indirects de taxation ont effectivement disparu au fil des ans. Voici à ce sujet les propos du professeur Magnet dans «The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473, à la p. 533:

The regional constitutional distribution of taxation powers in Canada addressed problems which have

[TRADUCTION] La répartition constitutionnelle régionale des pouvoirs de taxation au Canada répondait à des

become historically obsolete. This allocation reflected the view that the provincial legislatures were economically subordinate bodies entrusted with legislative responsibilities deemed insignificant. This has ceased to be the case entirely, in fact and in theory. A review of the constitutional cases by which the provincial taxation powers were expanded in order to take account of political reality is a history of gradual widening.

To this effect, I would also refer to the passage from Dickson J. (as he then was) in *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, *supra*, cited by my colleague, where he held, at pp. 582-83:

There can be no doubt that by the words "direct and indirect taxation" the Fathers of Confederation contemplated certain distinct categories of taxation, as well as a general test of directness. Only certain of such categories, such as income and property taxes, were to be available to the Legislatures. There were two reasons for this. The first was based on arcane political economy. It was thought that a direct tax would be more perceived than an indirect tax. The effect was thought to provide for greater scrutiny and resistance by the electorate with a resulting parsimony in public expenditure. The second reason proved wrong from the start. It was thought that provincial activities would be limited and revenue needs would be slim; the Legislatures, therefore, would have no necessity to resort to most tax pools.

It is important to note that, a few paragraphs later, he added the following, at p. 584, which made clear that he was of the opinion that both rationales identified earlier had become obsolete in a modern Canada:

By nineteenth century political economy, any element of indirectness was a stigma as tending to obfuscate the actions of the Legislature. That consideration is of minor importance today.

More recently, in *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, my colleague Gonthier J., writing for the Court, emphasized the fact that limiting the provinces' available taxation means to direct taxes had the important effect of avoiding extraterritorial repercussions in language that left

problèmes qui sont devenus historiquement désuets. Cette répartition traduisait l'idée que les législatures provinciales étaient des organismes économiquement subordonnés auxquels avaient été conférées des responsabilités législatives jugées négligeables. Cela n'est plus du tout le cas, tant dans les faits qu'en théorie. L'examen des arrêts constitutionnels ayant élargi les pouvoirs de taxation des provinces, en réponse à la réalité politique, révèle que cet élargissement s'est fait de façon graduelle.

À cet effet, je tiens aussi à reproduire l'extrait des motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité, que cite mon collègue; le juge Dickson avait alors affirmé aux pp. 582 et 583:

Il n'est pas douteux que par l'expression «taxation directe et indirecte», les Pères de la Confédération ont envisagé certaines catégories particulières de taxation aussi bien qu'un critère général d'application. Les législatures étaient censées n'avoir accès qu'à certaines catégories, telles l'impôt sur le revenu et les taxes foncières, pour deux motifs. Le premier était fondé sur une théorie ésotérique d'économie politique. On pensait qu'un impôt direct serait plus évident qu'un impôt indirect, qu'il susciterait la vigilance et une plus grande résistance de l'électorat et qu'ainsi on aboutirait à minimiser les dépenses publiques. Le second motif s'est avéré erroné dès le début. On pensait que les activités des provinces seraient limitées et leurs besoins financiers peu importants; par conséquent, les législatures n'auraient donc aucun besoin de recourir à la plupart des sources communes d'impôts.

Il est important de faire remarquer que, quelques paragraphes plus loin, à la p. 584, le juge Dickson a fait les commentaires suivants, qui établissent clairement qu'à son avis les deux justifications mentionnées étaient devenues désuètes dans un Canada moderne:

Au 19^e siècle, tout élément pouvant être qualifié d'indirect était stigmatisé par l'économie politique comme un obstacle à la validité d'une loi d'une législature. Cette considération est d'importance mineure aujourd'hui.

Plus récemment, dans le *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, mon collègue le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la Cour, a souligné que limiter les moyens de taxation dont disposent les provinces au champ de la taxation directe avait l'importante conséquence

little doubt that this rationale had superseded other historical considerations, at pp. 727-28:

In approaching new taxes, the constitutional fate of which is unknown, it is not without interest to refer to an important effect of the s. 92(2) limitation to direct taxation. In addition to the historical desire to promote transparency and accountability, one finds a concern in the case law and literature regarding taxation of persons outside the province by indirect means or taxation which interferes with interprovincial or international trade. The prohibition against excise taxes and customs duties clearly achieves this latter purpose. As my colleague La Forest J. noted in his study of the taxation power under the Canadian Constitution, "the person who ultimately pays an excise tax may have no other connection with the province benefiting from the tax than that the product was originally produced or manufactured there" (G. V. La Forest, *The Allocation of the Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 202).

My review of the jurisprudence interpreting s. 92(2) has revealed that apart from excise taxes, import duties, or taxes of a similar nature and the two more general limitations highlighted in the preceding paragraph, the provinces have come to enjoy considerable freedom in constructing their tax systems.

d'éviter les répercussions extraterritoriales; il s'exprimait alors en des termes qui laissaient peu de doutes que cette justification avait relégué à l'arrière-plan ces autres considérations historiques, aux pp. 727 et 728:

Dans l'examen de nouvelles taxes, dont le sort constitutionnel est inconnu, il est intéressant de souligner un effet important de la limite imposée par le par. 92(2) à la taxation directe. Outre la volonté historique de favoriser la transparence et l'imputabilité, on trouve dans la jurisprudence et la doctrine une préoccupation concernant la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des taxes ou des moyens indirects entravant le commerce interprovincial ou international. L'interdiction de percevoir des taxes d'accise et des droits de douane en est une expression. Comme le fait remarquer mon collègue le juge La Forest dans son étude sur le pouvoir de taxation en vertu de la Constitution canadienne, [TRADUCTION] «il se peut que le seul lien que la personne qui paie en fin de compte une taxe d'accise ait avec la province bénéficiaire de cette taxe soit que le bien y a été produit ou fabriqué à l'origine» (G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 202).

Mon examen de la jurisprudence portant sur l'interprétation du par. 92(2) fait ressortir que mis à part les taxes d'accise, les droits de douane ou taxes semblables et les deux restrictions plus générales mentionnées dans le paragraphe précédent, les provinces en sont venues à jouir d'une liberté considérable dans l'établissement de leurs régimes fiscaux.

137

Gonthier J.'s reference to interprovincial and international trade are linked to what I have said earlier about the relation of the provincial taxing power to the basic structure of the Constitution. The framers of the Constitution, no doubt, thought the provinces would have little need to resort to their taxing power, but they nonetheless accorded a power that, even in those days, was very broad. So when the provinces became far more important governmental entities than could have been anticipated in a *laissez faire* era, the courts quite naturally — and consistently with both the Constitution, and social and political realities — interpreted the scope of provincial taxing power expansively. But they were far from ignoring a number of basic policies flowing from the very structure of the federation which have to do with the extraterritorial

La mention du commerce interprovincial et international par le juge Gonthier se rapporte à ce que j'ai déjà dit au sujet de la relation entre le pouvoir provincial de taxation et la structure fondamentale de la Constitution. De toute évidence, les rédacteurs de la Constitution croyaient que les provinces n'auraient pas à avoir recours souvent à leur pouvoir de taxation, mais ils leur ont néanmoins conféré un pouvoir qui, même pour l'époque, était très général. Alors, lorsque les provinces sont devenues des entités gouvernementales beaucoup plus importantes qu'on n'aurait pu le prévoir à une époque de *laissez-faire*, les tribunaux ont tout naturellement — et en conformité avec la Constitution et les réalités sociales et politiques — donné une interprétation large au pouvoir provincial de taxation. Mais, ce faisant, ils étaient loin d'ignorer un

application of provincial taxes. I elsewhere indicated how the courts had in their interpretation of direct and indirect taxation fostered the basic underpinnings of the federation. At p. 94 of my book, *supra*, I wrote:

Generally, Mill's test in the hands of the courts is concerned with form, not substance. But it has nonetheless served a number of substantive functions. Through its use the courts have effectively prevented the provinces from erecting tariff barriers against one another; they have supported a national market. Section 121 of the British North America Act, which was intended by the draftsman, but not in the original Quebec scheme, to perform this function might, if broadly construed, have been too restrictive of federal and provincial power. The courts could afford to interpret it narrowly by using the limitation to direct taxation to achieve the same result. The limitation to direct taxation also has had the effect of prohibiting taxes whose object must be to tax persons who are outside the province and who have no economic interest in the province in respect of the activity or property taxed. This explains the courts' consistent attacks on export taxes, whatever form they might take. And it also explains the courts' persistence in striking down estate taxes making the executor primarily responsible. Finally, as the Fathers contemplated, a direct tax is often in such a form that it is clearly brought home to the taxpayer that he is being taxed.

In that passage, my remarks are expressed in terms of Mill's test. But the policies served are wholly consistent with what occurs in respect of the categories of taxes the framers had specifically in mind. For example, property taxes have predominantly local impact, but customs and excise taxes have immediately obvious extraterritorial implications. Not surprisingly, then, when Mill's test proved unequal to the task of properly balancing the broad constitutional policies I have described, the courts returned to the less precise method of categorizing taxes the framers had contemplated. In an age when the courts (and notably

certain nombre de principes fondamentaux relatifs à la structure même de la fédération qui traitent de l'application extraterritoriale des taxes provinciales. J'ai indiqué ailleurs comment, dans leur interprétation de la taxation directe et indirecte, les tribunaux avaient mis l'accent sur les fondements de la fédération. À la page 94 de mon ouvrage, *op. cit.*, j'écris:

[TRADUCTION] En règle générale, lorsqu'ils appliquent le critère de Mill, les tribunaux sont préoccupés par la forme et non par le fond. Cependant, ce critère a néanmoins rempli de nombreuses fonctions sur le plan du fond. Par l'application de ce critère, les tribunaux ont en fait empêché les provinces d'ériger entre elles des barrières tarifaires; ils ont appuyé un marché national. L'article 121 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, qui devait, selon ses rédacteurs, mais non dans le plan initial du Québec, accomplir cette fonction, aurait bien pu trop restreindre les pouvoirs fédéraux et provinciaux s'il avait reçu une interprétation large. Les tribunaux pouvaient se permettre d'interpréter étroitement cette disposition en se servant de la restriction en matière de taxation directe pour atteindre le même résultat. Cette restriction a aussi eu pour effet d'interdire l'établissement de taxes dont l'objet était d'imposer des personnes se trouvant à l'extérieur de la province et n'ayant aucun intérêt économique dans la province relativement à l'activité ou aux biens taxés. C'est ce qui explique pourquoi les tribunaux attaquent continuellement les taxes à l'exportation, quelle que soit leur forme. Et ceci explique aussi pourquoi les tribunaux persistent à annuler les taxes successorales qui rendent l'exécuteur principalement responsable de leur paiement. Enfin, comme l'ont prévu les Pères de la Confédération, une taxe directe revêt souvent une forme qui fait qu'elle est clairement exigée du contribuable qui est imposé.

Dans ce passage, mes remarques sont formulées en fonction du critère de Mill. Cependant, les politiques sous-jacentes sont tout à fait compatibles avec ce qui se passe relativement aux catégories de taxes que les rédacteurs avaient spécifiquement à l'esprit. Par exemple, les taxes foncières ont principalement une incidence locale, mais les droits de douane et les taxes d'accise entraînent immédiatement des répercussions extraterritoriales évidentes. Alors, il n'est pas étonnant que, lorsque le critère de Mill s'est avéré ne pas être à la hauteur pour pondérer adéquatement les grandes politiques constitutionnelles que j'ai décrites, les tribunaux

the Privy Council) expressed their views in technical terms without reference to underlying policies, our Court was at times misled regarding the course it should follow (see, for example, the *Fairbanks* case, *supra*). Over time, however, the direction has become clear enough, and the time has now come when courts should no longer exercise similar reticence in describing policy directions that underlie constitutional interpretation.

The Interplay Between Mill's Test and the Categories Test

139

I noted earlier that the courts have not yet carefully examined the interaction between the "categories" approach and Mill's test. It is important to do so here because of my colleague's attempt by the use of Mill's test to transform what in all other respects falls within the category of a land tax, and so converts a direct tax into an indirect tax. With respect, this seems to me to be wholly inconsistent with the trend of the jurisprudence and the constitutional policies that underlie it. Clearly, it does not serve the major policy grounds today supporting the limitation of the provinces to direct taxes. Obviously, there are no significant extraprovincial implications to land taxes. Their impact is local. Nor does it serve the policy adopted by the courts of expansively interpreting the ambit of provincial taxing powers to meet the needs of the important legislative functions for which they now bear responsibility. If the provinces' legislative functions were not costly in 1867, that is certainly not the case today, and as will become apparent, the courts have striven to so interpret s. 92(2) as to afford them adequate sources of revenues to meet their needs.

aient recommencé à appliquer la méthode moins précise qui consiste à catégoriser les taxes qu'avaient prévue les rédacteurs. À une époque où les tribunaux (et surtout le Conseil privé) exprimaient leur point de vue en termes formalistes sans mention des politiques sous-jacentes, notre Cour a parfois été induite en erreur quant à la voie à suivre (voir par exemple l'arrêt *Fairbanks*, précité). Toutefois, avec le temps, cette voie est devenue suffisamment claire, et le moment est venu pour les tribunaux de ne plus faire preuve du même genre de réticence à décrire les politiques qui sous-tendent l'interprétation constitutionnelle.

La corrélation entre le critère de Mill et le critère des catégories

J'ai déjà mentionné que les tribunaux n'ont pas encore examiné à fond la corrélation entre l'analyse fondée sur les «catégories» et le critère de Mill. Il est important de le faire en l'espèce parce que mon collègue tente, par l'utilisation du critère de Mill, de transformer ce qui, à tous les autres points de vue, se classe dans la catégorie des taxes foncières, et de convertir ainsi une taxe directe en taxe indirecte. En toute déférence, cela me semble tout à fait incompatible avec la tendance de la jurisprudence et les politiques constitutionnelles sur lesquelles elle se fonde. Cette tentative ne sert manifestement pas les principaux motifs qui appuient de nos jours le fait que les provinces soient limitées au champ de la taxation directe. De toute évidence, les taxes foncières n'ont aucune répercussion extraprovinciale importante. Leur incidence est locale. Cette tentative ne sert pas non plus la politique adoptée par les tribunaux, selon laquelle il y a lieu d'interpréter largement la portée des pouvoirs de taxation des provinces pour que celles-ci puissent s'acquitter des importantes fonctions législatives dont elles ont maintenant la responsabilité. Si les fonctions législatives des provinces n'étaient pas coûteuses en 1867, ce n'est certainement plus le cas aujourd'hui et, comme on pourra s'en rendre compte, les tribunaux se sont efforcés d'interpréter le par. 92(2) de façon à ce qu'elles aient des revenus suffisants pour répondre à leurs besoins.

As I mentioned earlier, the framers hoped that the provinces would have sufficient funds to perform their functions from revenues from the public domain. However (as they did in the case of Parliament, which they thought could raise sufficient funds from customs alone, but to which they accorded power to raise money by any mode or system of taxation), they gave to the provinces ample means of raising money by direct taxation. Contemporary sources reveal that even in those days the meaning of direct taxation was broad, including several categories of taxes comprising in addition to property taxes, death duties and income taxes within its compass. What it clearly did not include were customs duties and excise and other taxes that could in the course of trade virtually automatically be passed on to others. Such taxes would not only interfere with Parliament's major sources of revenue, but equally important would evidently have direct impact on taxpayers outside the province and have serious implications for interprovincial and international trade as well as generally on the national economic entity the framers had sought to create.

The concepts of direct and indirect taxation were familiar to statesmen of the day who considered certain well-known categories of taxes to fall within one or the other of these rubrics. These understandings were reflected by the courts in the earliest decisions on the subject; see *Attorney-General for Quebec v. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090 (P.C.). However, the courts did not confine themselves to these broad understandings but consulted the works of various economists whose works must have been familiar to the framers. Preeminent among these was John Stuart Mill, and beginning with the case of *Bank of Toronto v. Lambe, supra*, his formulation of the concepts was for a considerable period almost exclusively referred to. In *Principles of Political Economy, supra*, Mill wrote:

140
Comme je l'ai déjà mentionné, les rédacteurs espéraient que les provinces auraient suffisamment de fonds pour s'acquitter de leurs fonctions au moyen des revenus tirés du domaine public. Cependant (comme ils l'ont fait pour le Parlement, qui, selon eux, pouvait tirer suffisamment de fonds des seules douanes, et auquel ils ont conféré le pouvoir de percevoir des sommes d'argent par tous modes ou systèmes de taxation), ils ont donné aux provinces suffisamment de moyens de prélever des revenus par la taxation directe. Les ouvrages contemporains révèlent que même à cette époque la taxation directe avait un sens large et incluait plusieurs catégories de taxes comprenant notamment, outre les taxes foncières, les droits successoraux et les impôts sur le revenu. La taxation directe n'a de toute évidence jamais inclus les droits de douane et les taxes d'accise ni les autres taxes qui, dans le cours du commerce, pouvaient presque automatiquement être reportées sur autrui. Non seulement ces taxes feraient obstacle aux principales sources de revenus du Parlement, mais, fait également important, elles auraient manifestement une incidence directe sur des contribuables à l'extérieur de la province et entraîneraient des conséquences graves sur le commerce interprovincial et international et sur l'ensemble de l'entité économique nationale que les rédacteurs avaient cherché à créer.

141
Les hommes d'État de l'époque étaient au courant des concepts de taxation directe et de taxation indirecte et ils étaient d'avis que certaines catégories de taxes bien connues se rangeaient sous l'une ou l'autre de ces rubriques. Les premières décisions judiciaires sur le sujet reflètent cette connaissance: voir *Attorney-General for Quebec c. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090 (C.P.). Cependant, les tribunaux ne se sont pas limités à cette connaissance générale et ils ont consulté les ouvrages de divers économistes, que les rédacteurs devaient connaître. L'ouvrage de John Stuart Mill a joué un rôle prééminent, et sa formulation des concepts, à partir de l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe*, précité, a été pendant longtemps pratiquement la seule à être invoquée. Dans *Principles of Political Economy, op cit.*, Mill a écrit:

§ 1. Taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another: such as the excise or customs. The producer or importer of a commodity is called upon to pay tax on it, not with the intention to levy a peculiar contribution upon him, but to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed that he will recover the amount by means of an advance in price.

[TRADUCTION] § 1. Les taxes sont directes ou indirectes. La taxe directe est celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les taxes indirectes sont celles qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre, c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane. Le producteur ou l'importateur d'un bien doit payer une taxe sur ce bien non pas parce qu'on veut lui imposer une contribution particulière, mais afin d'imposer par son entremise les consommateurs du bien auxquels on suppose qu'il fera supporter le fardeau de la taxe en augmentant ses prix.

142

In *Lambe*, Lord Hobhouse made it clear that Mill's test should not be used to follow the incidence of a tax as economists do, but that this task should be pursued in accordance with the "common understanding of men" as sufficiently reflecting the views of the framers. But in *Cotton v. The King*, [1914] A.C. 176 (P.C.), it was categorically stated that the test to be used was substantially that of Mill and that test was generally regarded as the sole test until the late 1920s. It must be observed, however, that the courts were then engaged in dealing with new types of taxes that did not fit, or fit comfortably, within the few categories specifically adverted to by the framers. It would have been possible, no doubt, to invent new categories. But it was quite natural to rely on more refined formulations familiar to the framers, and notably those of Mill, as they had from the beginning. As the provinces' needs for revenues expanded, the courts responded favourably to the fiscal necessity this imposed on them. At the same time, it was essential that they confine the provinces' fiscal power as much as possible within their territory, as the broad categories of taxation contemplated by the framers had done.

Dans l'arrêt *Lambe*, lord Hobhouse a précisé que le critère de Mill ne devrait pas être utilisé pour déterminer l'incidence d'une taxe comme le font les économistes, mais plutôt conformément à une compréhension commune, de façon suffisamment fidèle à celle des rédacteurs. Cependant, dans l'arrêt *Cotton c. The King*, [1914] A.C. 176, le Conseil privé a catégoriquement affirmé que le critère à utiliser était essentiellement celui de Mill, et c'est ce critère qui a généralement été considéré comme le seul applicable jusqu'à la fin des années 1920. Il y a toutefois lieu de préciser que les tribunaux étaient à cette époque appelés à se prononcer sur de nouveaux types de taxes qui ne s'inséraient pas, ou s'inséraient mal, dans les quelques catégories auxquelles s'étaient expressément reportés les rédacteurs. Il aurait certainement été possible d'inventer de nouvelles catégories. Mais, il était tout à fait normal pour les tribunaux de se fier à des formulations plus raffinées connues des rédacteurs, tout particulièrement celles de Mill, comme ils l'avaient toujours fait depuis le début. Face à l'accroissement des besoins des provinces, les tribunaux ont répondu favorablement aux mesures fiscales que cette situation leur imposait. Et, ce faisant, ils devaient le plus possible confiner l'exercice du pouvoir fiscal des provinces à l'intérieur de leur territoire, comme l'avaient fait les grandes catégories de taxation prévues par les rédacteurs.

143

The greater refinements of Mill's test permitted the courts greater flexibility in accommodating the competing policies of according the provinces ample power to tax while restraining them to their territorial scope. Thus a tax on an estate was indi-

Le plus grand raffinement du critère de Mill offrait aux tribunaux davantage de souplesse pour composer avec le conflit entre accorder aux provinces de vastes pouvoirs de taxation et en restreindre en même temps l'exercice dans les limites

rect because it would be passed on to the beneficiary and could thus be effectively imposed on an extraprovincial taxpayer; see *Cotton's case*, *supra*. Placing all estate taxes in a single category would have brought the underlying policies of the courts into conflict. However, by using Mill's test to trace the incidence of a particular taxing scheme, the courts could work an accommodation between these policies. Thus a tax imposed on a beneficiary in the province (what we now call succession duty) was imposed directly on the taxpayer and would have no extraprovincial effect, so it was held to be a direct tax; see *Alley v. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215. Similarly, commodity taxes which had previously been imposed on the manufacturer or seller, and so traditionally viewed as indirect, could be reframed as taxes on a purchaser to fall within Mill's test, and this too was accepted by the Privy Council; see *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550.

When, however, the Privy Council was faced with the tax in *Fairbanks*, a land tax, where the use of Mill's test would have served neither of the competing constitutional policies sought to be advanced by the courts, the Privy Council turned to the categories test to uphold the tax, and for some time afterwards the categories test appeared to be the sole test to identify whether a tax was direct or indirect. (The cases are collected in my book at pp. 89-90.) But this was an overreaction. Viscount Cave, L.C., in the passage from *Fairbanks* cited earlier, had indicated that Mill's test was appropriate for taxes falling outside the settled categories. Consequently, when the categories test again appeared to become too restrictive and served neither of the underlying but competing constitutional policies of providing the provinces adequate scope to raise revenue while preserving the essential structure of the federation, the Privy Council returned to Mill's formula; see *ibid*. But, the categories test was never abandoned, and, as the cases cited earlier demonstrate, this has been

de leur territoire. Ainsi, une taxe successorale était considérée comme indirecte parce qu'elle serait reportée sur le bénéficiaire et qu'elle pouvait en fait être exigée d'un contribuable à l'extérieur de la province; voir l'arrêt *Cotton*, précité. Classer toutes les taxes successorales dans une seule catégorie aurait mis en conflit les politiques sous-jacentes des tribunaux. Cependant, en se servant du critère de Mill pour déterminer l'incidence d'un régime fiscal particulier, les tribunaux pouvaient composer avec ces politiques. Par exemple, une taxe imposée à un bénéficiaire dans une province (ce que nous appelons aujourd'hui les droits successoraux) était imposée directement au contribuable et n'avait pas d'effet extraprovincial. On a donc statué qu'il s'agissait d'une taxe directe; voir *Alley v. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215. De même, une taxe sur les marchandises, auparavant imposée au fabricant ou au vendeur et donc traditionnellement considérée comme indirecte, pouvait être reformulée pour la qualifier de taxe imposée à l'acheteur de façon à répondre au critère de Mill, ce qui a également été accepté par le Conseil privé; voir *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550.

Toutefois, dans le cas de la taxe dans l'arrêt *Fairbanks*, une taxe foncière, relativement à laquelle l'utilisation du critère de Mill n'aurait servi ni l'une ni l'autre des politiques constitutionnelles contradictoires que les tribunaux cherchaient à promouvoir, le Conseil privé s'est servi du critère des catégories pour maintenir la taxe et, pendant un certain temps, ce critère semble avoir été le seul à être utilisé pour déterminer si une taxe était directe ou indirecte. (Ces arrêts sont présentés dans mon ouvrage aux pp. 89 et 90.) Ce fut là une réaction excessive. Le vicomte Cave, lord chancelier, dans l'extrait de l'arrêt *Fairbanks* que j'ai cité, avait indiqué que le critère de Mill était celui qu'il fallait appliquer dans le cas des taxes non comprises dans les catégories établies. Par conséquent, lorsque le critère des catégories parut de nouveau devenir trop restrictif et ne plus servir ni l'une ni l'autre des politiques constitutionnelles sous-jacentes mais conflictuelles consistant à accorder aux provinces suffisamment de latitude au chapitre du prélèvement de revenus et à préserver en même

especially so of land taxes which this Court has in recent years frequently and invariably held to be direct. That is scarcely surprising. Given the broad and expansive activities now pursued by the provinces under the Constitution, it would be odd to restrict their power to raise revenues within the province where such taxes have no extraterritorial impact. Land taxes, which have always been looked upon as typically direct, are of this kind. To restrict their use by the device of applying Mill's formula to them would fly in the face of the cases to which I have already referred. In *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, *supra*, Dickson J., at p. 583, indicated that the framers' views concerning these settled categories must be respected. There are sound policy grounds for doing so. The use of Mill's formula in cases falling outside the traditional categories serves the same underlying policies. Mill's formula and the categories test have both been used at various times to broaden provincial taxing power wherever this could be done without offending the other policies that underlie our constitutional structure. This is what Dickson J. had in mind in the passage from *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, just mentioned, when he indicated that while the *Constitution Act, 1867* should be an evolving document, the traditional categories of direct and indirect taxation had captured the meaning of direct and indirect taxation, and it has consequently been preserved.

temps la structure essentielle de la fédération, le Conseil privé s'est de nouveau servi de la formule de Mill; voir *ibid.* Cependant, le critère des catégories n'a jamais été abandonné, et, comme le démontrent les arrêts déjà cités, ceci est tout particulièrement vrai dans le cas des taxes foncières, que notre Cour a invariablement qualifié de taxes directes à maintes reprises au cours des dernières années. Cela n'est guère étonnant. Étant donné les activités générales et de grande envergure que poursuivent actuellement les provinces dans le cadre de la Constitution, il serait étrange de restreindre les pouvoirs qu'elles possèdent de prélever des revenus dans les limites de la province lorsque la taxe en question n'a aucune incidence extraterritoriale. C'est notamment le cas des taxes foncières, que l'on a toujours qualifiées de directes. Restreindre le recours à ce type de taxe par application de la formule de Mill irait à l'encontre des arrêts que j'ai déjà mentionnés. Dans *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité, le juge Dickson, à la p. 583, a fait remarquer qu'il faut respecter le point de vue des rédacteurs relativement à ces catégories établies. Il existe des motifs de principe valables de le faire. L'utilisation de la formule de Mill dans les cas non visés par les catégories traditionnelles sert les mêmes politiques sous-jacentes. La formule de Mill et le critère des catégories ont tous deux été utilisés à diverses époques pour élargir les pouvoirs de taxation des provinces lorsqu'il était possible de le faire sans aller à l'encontre des autres politiques qui sous-tendent notre structure constitutionnelle. C'est ce que le juge Dickson avait à l'esprit dans l'extrait de *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, que je viens de mentionner, lorsqu'il a indiqué que, même si la *Loi constitutionnelle de 1867* devait être un document dont le sens évolue, les catégories traditionnelles de taxes directes et indirectes ont capté le sens de la taxation directe et indirecte, et il a été conservé par la suite.

145

I am of the view that courts should take into account the fact that the primary rationale underlying the limitation to direct means of taxation imposed on provinces now relates to the potentially extraterritorial effects of indirect taxation. Our Constitution, as Lord Sankey so eloquently

À mon avis, les tribunaux devraient tenir compte du fait que la restriction au champ de la taxation directe, à laquelle sont assujetties les provinces, se justifie de nos jours surtout par les effets potentiellement extraterritoriaux de la taxation indirecte. Comme lord Sankey la décrit de façon si éloquente

described it in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, is a "living tree capable of growth and expansion within its natural limits". This well-known metaphor illustrates the principle recognized by this Court on many occasions that the interpretation of constitutional instruments, such as the *Constitution Act, 1867* or the *Charter*, can and should be adapted to changes in Canadian society; see, *inter alia*, Estey J.'s comments in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 365-66, and *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466, in the context of taxation powers. Professor Hogg, *supra*, has observed that this principle has permitted progressive constitutional development in the face of immense changes, without constitutional amendment. As he put it, at pp. 413-14:

The doctrine of progressive interpretation is one of the means by which the Constitution Act, 1867 has been able to adapt to the changes in Canadian society. What this doctrine stipulates is that the general language used to describe the classes of subjects (or heads of power) is not to be frozen in the sense in which it would have been understood in 1867. . . . [T]he words of the Act are to be given a "progressive interpretation", so that they are continuously adapted to new conditions and new ideas.

The idea underlying the doctrine of progressive interpretation is that the Constitution Act, 1867, although undeniably a statute, is not a statute like any other: it is a "constituent" or "organic" statute, which has to provide the basis for the entire government of a nation over a long period of time. An inflexible interpretation, rooted in the past, would only serve to withhold necessary powers from the Parliament or Legislatures. It must be remembered too that the Constitution Act, 1867, like other federal constitutions, differs from an ordinary statute in that it cannot easily be amended when it becomes out of date, so that its adaptation to changing conditions must fall to a large extent upon the courts.

dans l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, notre Constitution est [TRADUCTION] «un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles». Cette métaphore bien connue illustre le principe, que notre Cour a reconnu à maintes reprises, selon lequel l'interprétation des textes constitutionnels, comme la *Loi constitutionnelle de 1867* ou la *Charte*, peut et devrait suivre l'évolution de la société canadienne; voir entre autres les commentaires du juge Estey dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 365 et 366, et *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Cie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466, dans le contexte des pouvoirs de taxation. Le professeur Hogg, *op. cit.* a fait remarquer que ce principe a permis une évolution constitutionnelle progressiste face à d'importants changements, sans qu'il soit nécessaire de modifier la Constitution. Comme il l'affirme aux pp. 413 et 414:

[TRADUCTION] La théorie de l'interprétation progressiste est l'un des moyens par lesquels la Loi constitutionnelle de 1867 a pu s'adapter aux changements dans la société canadienne. Selon cette doctrine, les termes généraux employés pour décrire les catégories de sujets (ou chefs de pouvoir) ne doivent pas être figés dans le sens qu'ils avaient en 1867. [. . .] [L]es termes de la Loi doivent recevoir une «interprétation progressiste» pour qu'ils continuent de s'adapter aux nouvelles conditions et aux nouvelles idées.

L'idée sur laquelle repose la doctrine de l'interprétation progressiste est que la Loi constitutionnelle de 1867, même si elle est incontestablement un texte législatif, n'est pas une loi comme une autre: elle est une loi «constitutive» ou «organique» qui doit fournir la base pour tout ce qui concerne le gouvernement d'une nation pendant une longue période. Une interprétation rigide, figée dans le passé, ne servirait qu'à priver le Parlement ou les législatures de pouvoirs essentiels. Il faut se rappeler également que la Loi constitutionnelle de 1867, à l'instar de toute autre constitution fédérale, diffère d'une loi ordinaire en ce qu'elle ne peut être facilement modifiée lorsqu'elle devient désuète, de sorte qu'il incombe en grande partie aux tribunaux de l'adapter aux changements.

146

In this area, the courts were sometimes able to meet new challenges by using traditional formulas — the categories test — but where this proved impossible, they had no hesitation in bringing Mill's test into play. But this did not require them to abandon the traditional formulas where these more fully met constitutional requirements. Thus as my colleague Iacobucci J. explains in his reasons, the EDCs' incidence may well be indirect within the meaning of the definition proposed by John Stuart Mill and accepted in substance by the Privy Council and this Court over the years. However, it is clear that EDCs cannot have any extraterritorial effect, because the only persons to whom they can be passed on by the builders are the buyers of the newly built structures, and that, of course, will necessarily occur within the boundaries of the province of Ontario. It would be counterproductive to apply Mill's test to taxes of this kind, and the courts have consistently refused to do so. To do otherwise would fly against the purposive manner in which a Constitution must be interpreted. Determining the constitutional validity purely on the basis of pure technicalities or formalistic approaches must be avoided. One should not lose sight of the underlying reason why provinces are confined to having recourse to direct means of taxation. At the end of the day, this approach has the merit of focusing the constitutional analysis on substance rather than on form and furthering the constitutional values of the prohibition imposed on provinces regarding indirect taxation as they stand in a modern Canada.

Conclusion

147

It is for these reasons that I would dismiss the appeal. The parties have agreed that there should be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Dans ce domaine, les tribunaux ont parfois été en mesure de répondre à de nouvelles contestations en utilisant des formules traditionnelles — le critère des catégories — mais dans les cas où il s'avérait impossible de le faire, ils n'hésitaient pas à recourir au critère de Mill. Cependant, ils ne devaient pas pour autant abandonner les formules traditionnelles si celles-ci répondaient mieux aux exigences constitutionnelles. En conséquence, comme mon collègue le juge Iacobucci l'explique dans ses motifs, l'incidence des REE pourrait bien être indirecte au sens de la définition proposée par John Stuart Mill, que le Conseil privé et notre Cour ont acceptée pour l'essentiel au fil des ans. Toutefois, il est clair que les REE ne peuvent pas avoir d'effet extraterritorial parce que les seules personnes sur lesquelles elles peuvent être reportées sont les acheteurs de nouvelles constructions, ce qui se produira de toute évidence dans les limites de la province d'Ontario. Il ne servirait à rien d'appliquer le critère de Mill aux taxes de ce type, et les tribunaux ont toujours refusé de le faire. Le contraire irait à l'encontre de l'analyse fondée sur l'objet qui doit servir à l'interprétation d'une constitution. Il faut éviter de déterminer la validité constitutionnelle à partir de pures subtilités ou d'analyses formalistes. Il ne faut pas oublier la raison sous-jacente pour laquelle les provinces ne peuvent avoir recours qu'à un mode direct de taxation. En fin de compte, une telle méthode a l'avantage d'axer l'analyse constitutionnelle sur le fond plutôt que sur la forme, et de servir ainsi les valeurs constitutionnelles à la base de l'interdiction imposée aux provinces en matière de taxation indirecte, telles qu'elles existent dans un Canada moderne.

Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les parties ont convenu qu'il n'y aurait pas d'ordonnance quant aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelantes: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent the York Region Board of Education: Keel Cottrelle, Toronto.

Solicitors for the respondent the York Region Roman Catholic Separate School Board: Miller, Thomson, Toronto.

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

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

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

Solicitors for the intervener the Ontario Public School Boards' Association: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Separate School Trustees' Association: Holden, Day, Wilson, Toronto.

Solicitors for the interveners Carlota Guzman and Tony Ciccone: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners Charlotte Pope and Doris Seto: Gardiner, Roberts, Toronto.

Procureurs de l'intimé le conseil scolaire de la région de York: Keel Cottrelle, Toronto.

Procureurs de l'intimé le conseil d'écoles catholiques séparées de la région de York: Miller, Thomson, Toronto.

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

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

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Ontario Separate School Trustees' Association: Holden, Day, Wilson, Toronto.

Procureurs des intervenants Carlota Guzman et Tony Ciccone: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes Charlotte Pope et Doris Seto: Gardiner, Roberts, Toronto.

**Greenpeace Canada and Valerie
Langer** *Appellants*

v.

MacMillan Bloedel Limited *Respondent*

and

**Shiela Simpson, Valerie Langer, Bonnie
Glambeck, James Robinson, Gilles Blanchet,
Daniel Carbotte, Marie Michajlowycz, Willie
Sport, Lisa Humphreys, Dan Lewis, Carl
Hinke, Mike Mullins, Chris O’Gorman, Bill
Joyce, Heidi Dorosh, Marek Czuma, Tammy
Chabot (aka Tammy Kinlock), Daniel
Alexander Kirslake, William Robinson
Cook, Henry George Adam Trott, John
Jared Irwin, John Doe, Jane Doe and
Persons Unknown** *Defendants*

and

**The Attorney General of British
Columbia** *Intervener*

INDEXED AS: MACMILLAN BLOEDEL LTD. v. SIMPSON

File No.: 24437.

1996: April 22; 1996: August 22.

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

*Injunction — Interim injunction — Non-parties —
Company granted interim injunction against protesters
interfering with its logging operations — Whether
courts have jurisdiction to make orders binding on non-
parties — If so, whether such orders can be made
against persons named only as “John Doe, Jane Doe
and Persons Unknown” — Whether appropriate to
include in such orders provisions authorizing police to
arrest and detain strangers to litigation.*

**Greenpeace Canada et Valerie
Langer** *Appelantes*

c.

MacMillan Bloedel Limited *Intimée*

et

**Shiela Simpson, Valerie Langer, Bonnie
Glambeck, James Robinson, Gilles Blanchet,
Daniel Carbotte, Marie Michajlowycz, Willie
Sport, Lisa Humphreys, Dan Lewis, Carl
Hinke, Mike Mullins, Chris O’Gorman, Bill
Joyce, Heidi Dorosh, Marek Czuma, Tammy
Chabot (alias Tammy Kinlock), Daniel
Alexander Kirslake, William Robinson
Cook, Henry George Adam Trott, John
Jared Irwin, John Doe, Jane Doe et autres
personnes inconnues** *Défendeurs*

et

**Le procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: MACMILLAN BLOEDEL LTD. c. SIMPSON

N° du greffe: 24437.

1996: 22 avril; 1996: 22 août.

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

*Injonction — Injonction provisoire — Tiers — Injon-
ction provisoire accordée à la société contre des manifes-
tants nuisant à ses activités d’exploitation forestière —
Les tribunaux ont-ils compétence pour rendre des
ordonnances opposables aux tiers? — Dans l’affirma-
tive, ces ordonnances peuvent-elles être rendues contre
des personnes désignées seulement comme «John Doe,
Jane Doe et autres personnes inconnues»? — Convient-
il d’inclure dans ces ordonnances des dispositions auto-
risant la police à arrêter et détenir des personnes étran-
gères au litige?*

The respondent, which is engaged in logging operations on its properties in the Clayoquot Sound area of Vancouver Island, brought an action in the B.C. Supreme Court in 1991 to restrain the protesters from blocking the roads on which it trucked its logs, seeking damages for trespass, nuisance, intimidation, interference with contractual relations and conspiracy, as well as injunctive relief. The respondent also obtained an *ex parte* order enjoining "all persons having notice" of the order from impeding its logging operations. In a series of subsequent applications the order was amplified, refined, and extended. In 1993, the respondent was granted an interim injunction — the order in issue in this appeal — prohibiting the named defendants, as well as "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" and "all persons having notice of th[e] order" from engaging in conduct which interfered with its operations at specified locations. In particular, the injunction barred members of the public from blocking a bridge and authorized the police to remove offenders. The majority of the Court of Appeal upheld the order, holding that the B.C. Supreme Court, as a court of inherent jurisdiction, had jurisdiction to make orders binding on non-parties and that the use of such power was justified to preserve the respondent's property rights in the face of mass obstruction.

Held: The appeal should be dismissed.

The mere fact that conduct may be characterized as criminal does not deprive a person whose private rights are affected from seeking relief in the civil courts. More specifically, where criminal conduct affects property rights, the person so affected may invoke the equitable jurisdiction of the court to obtain an injunction prohibiting the conduct. Thus the fact that the conduct of blocking the roads can be characterized as criminal does not deprive the British Columbia Supreme Court of the right to grant an injunction against potential offenders in a civil action.

Courts have jurisdiction to make orders binding on persons who are not parties to the action. Such orders are enforceable on the long-standing principle that persons who are not parties to the action, but who violate an order of the court, may be found guilty of contempt for interfering with justice. Since members of the public can be held in contempt for having disobeyed an injunction, they must first be apprised of the existence and

L'intimée, qui exerce des activités d'exploitation forestière sur ses terrains dans la région de la baie Clayoquot sur l'île de Vancouver, a intenté en Cour suprême de la C.-B., en 1991, une action visant à enjoindre aux manifestants de ne pas barrer les chemins par où passaient ses camions, et demandant des dommages-intérêts pour atteinte directe, nuisance, intimidation, immixtion dans les rapports contractuels et complot, ainsi qu'une injonction. L'intimée a également obtenu une ordonnance *ex parte* portant que «toutes les personnes ayant connaissance» de l'ordonnance devaient s'abstenir de l'empêcher d'exercer ses activités d'exploitation de la forêt. Par suite d'une série de demandes ultérieures, la portée de l'ordonnance a été élargie et améliorée, et sa durée a été prolongée. En 1993, l'intimée a obtenu une injonction provisoire — l'ordonnance en cause dans le présent pourvoi — interdisant aux défendeurs nommément désignés ainsi qu'à «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues», et «toutes les personnes ayant connaissance de [l']ordonnance», de faire tout acte nuisant à ses activités dans les lieux spécifiés. En particulier, l'injonction interdisait aux membres du public de barrer un pont et autorisait la police à emmener tout contrevenant. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé l'ordonnance, statuant que la Cour suprême de la C.-B., de par sa compétence inhérente, était habilitée à rendre des ordonnances opposables aux tiers et que l'exercice d'un tel pouvoir était justifié puisqu'il visait à défendre les droits de propriété de l'intimée contre une obstruction en masse.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le simple fait qu'une conduite puisse être qualifiée de criminelle n'empêche pas une personne dont les droits privés sont violés de demander une réparation devant les tribunaux civils. Plus précisément, lorsqu'une conduite criminelle porte atteinte à des droits de propriété, la personne lésée peut demander à la cour d'exercer sa compétence en *equity* pour décerner une injonction interdisant cette conduite. Ainsi, le fait que la conduite consistant à barrer les chemins puisse être qualifiée de criminelle ne prive pas la Cour suprême de la Colombie-Britannique du droit de décerner une injonction contre des contrevenants éventuels dans une action au civil.

Les tribunaux ont compétence pour rendre des ordonnances opposables à des personnes qui ne sont pas parties à l'action. Ces ordonnances sont exécutoires suivant le principe bien établi que les personnes qui ne sont pas parties à l'action, mais qui violent une ordonnance du tribunal, peuvent être déclarées coupables d'outrage pour entrave à la justice. Puisque des membres du public peuvent être déclarés coupables d'outrage en cas de

terms of the order and be given an opportunity to comply. It is also desirable that the order's terms speak of the duty of non-parties to respect it. Finally, it is necessary that the orders be carefully worded and constrained to ensure that they are fair and not unduly broad. All these requirements were met in this case.

The use of the expressions "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" in the present action does not invalidate the order. These expressions are surplusage as a person who is not a party to an action is bound to respect an order made in the action on pain of being found in contempt of court. This was the procedure used to enforce the order at issue. Since none of the protesters was charged or sued as a party to the action, it is unnecessary to decide whether, as a matter of pleading, the use of these terms in the style of cause could validly engage members of the public served with the writ.

The provision authorizing the police to arrest and detain persons breaching the injunction does not vitiate the order. The inclusion of police authorization appears to follow the Canadian practice of ensuring that orders which may affect members of the public clearly spell out the consequences of non-compliance.

The fact that the respondent did not pursue the main action against the named defendants is not a basis for invalidating the order. The respondent was entitled to claim other relief allowed by law.

Cases Cited

Referred to: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Robinson v. Adams* (1924), 56 O.L.R. 217; *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Hurtig v. Reiss*, [1937] 3 W.W.R. 549; *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, rev'd [1903] 2 Ch. 556, rev'd [1906] A.C. 1; *Marengo v. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406; *Iveson v. Harris* (1802), 7 Ves. 251, 32 E.R. 102; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1991] 2 W.L.R. 994; *In re Supply of Ready Mixed Concrete*, [1991] 3 W.L.R. 707; *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *Bartle & Gibson Co. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1971] 2 W.W.R. 449; *International Longshoremen's Associa-*

désobéissance à une injonction, ils doivent d'abord avoir été informés de l'existence et du contenu de l'ordonnance et avoir eu la possibilité de s'y conformer. Il est également souhaitable que les termes de l'injonction fassent mention du devoir des tiers de la respecter. Enfin, il est nécessaire que les ordonnances soient rédigées soigneusement et limitativement de sorte qu'elles soient équitables et non indûment générales. Toutes ces exigences ont été remplies en l'espèce.

L'emploi des termes «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues» dans la présente action n'invalide pas l'ordonnance. Ces termes sont redondants, car une personne qui n'est pas partie à l'action est tenue de respecter une ordonnance rendue dans l'action, sous peine de condamnation pour outrage au tribunal. C'est la procédure qui a été utilisée pour faire respecter l'ordonnance en cause. Comme aucun des manifestants n'a été accusé ni poursuivi en qualité de partie à l'action, il n'est pas nécessaire de décider si, sur le plan des règles régissant les actes de procédure, ces termes rendent la décision opposable aux membres du public auxquels le bref a été signifié.

La disposition autorisant la police à arrêter et détenir les personnes violant l'injonction ne vicie pas l'ordonnance. L'inclusion de l'autorisation donnée à la police semble conforme à la pratique canadienne, car on a coutume de veiller à ce que les ordonnances qui risquent de toucher des membres du public énoncent clairement les conséquences de la désobéissance.

Le fait que l'intimée n'a pas poursuivi l'action principale contre les défendeurs nommément désignés ne justifie pas l'invalidation de l'ordonnance. L'intimée avait le droit de réclamer d'autres réparations prévues par la loi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Robinson c. Adams* (1924), 56 O.L.R. 217; *Gouriet c. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Hurtig c. Reiss*, [1937] 3 W.W.R. 549; *Boyce c. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, inf. par [1903] 2 Ch. 556, inf. par [1906] A.C. 1; *Marengo c. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406; *Iveson c. Harris* (1802), 7 Ves. 251, 32 E.R. 102; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1991] 2 W.L.R. 994; *In re Supply of Ready Mixed Concrete*, [1991] 3 W.L.R. 707; *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *Bartle & Gibson Co. c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1971] 2 W.W.R. 449; *Association internationale des débar-*

tion, *Local 273 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120; *Attorney General v. Newspaper Publishing plc*, [1987] 3 All E.R. 276; *Sandwich West (Township) v. Bubu Estates Ltd.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 477; *Ontario Hydro v. Johnson* (1985), 1 C.P.C. (2d) 234; *Morgentaler v. Wiche*, [1989] O.J. No. 2582 (QL); *Ontario (Attorney General) v. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229; *Griffin Steel Foundries Ltd. v. Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers* (1977), 80 D.L.R. (3d) 634; *Montres Rolex S.A. v. Balshin*, [1990] 3 F.C. 353, aff'd [1993] 1 F.C. 236; *United States v. Hall*, 472 F.2d 261 (1972); *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*, 114 S.Ct. 2516 (1994); *New York State National Organization for Women v. Terry*, 961 F.2d 390 (1992); *Dayton Women's Health Center v. Enix*, 589 N.E.2d 121 (1991); *Roe v. Operation Rescue*, 919 F.2d 857 (1990); *Cornell University v. Livingston*, 332 N.Y.S.2d 843 (1972); *Jackson v. Bubela and Doe*, [1972] 5 W.W.R. 80.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 11.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

Authors Cited

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated December 1995, Release 3).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 96 B.C.L.R. (2d) 201, 118 D.L.R. (4th) 1, 93 C.C.C. (3d) 289, [1994] 10 W.W.R. 705, 50 B.C.A.C. 100, 82 W.A.C. 100, 32 C.P.C. (3d) 11, affirming a decision of Hall J. (1993), 106 D.L.R. (4th) 556, granting an interim injunction. Appeal dismissed.

Gregory J. McDade, Q.C., David Boyd and J. Demarco, for the appellant Greenpeace Canada.

A. Cameron Ward, for the appellant Valerie Langer.

John J. L. Hunter, Q.C., and Peter G. Voith, for the respondent.

Michael Frey, for the intervener.

deurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes, [1979] 1 R.C.S. 120; *Attorney General c. Newspaper Publishing plc*, [1987] 3 All E.R. 276; *Sandwich West (Township) c. Bubu Estates Ltd.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 477; *Ontario Hydro c. Johnson* (1985), 1 C.P.C. (2d) 234; *Morgentaler c. Wiche*, [1989] O.J. No. 2582 (QL); *Ontario (Attorney General) c. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229; *Griffin Steel Foundries Ltd. c. Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers* (1977), 80 D.L.R. (3d) 634; *Montres Rolex S.A. c. Balshin*, [1990] 3 C.F. 353, conf. par [1993] 1 C.F. 236; *United States c. Hall*, 472 F.2d 261 (1972); *Madsen c. Women's Health Center, Inc.*, 114 S.Ct. 2516 (1994); *New York State National Organization for Women c. Terry*, 961 F.2d 390 (1992); *Dayton Women's Health Center c. Enix*, 589 N.E.2d 121 (1991); *Roe c. Operation Rescue*, 919 F.2d 857 (1990); *Cornell University c. Livingston*, 332 N.Y.S.2d 843 (1972); *Jackson c. Bubela and Doe*, [1972] 5 W.W.R. 80.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 11.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

Doctrine citée

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated December 1995, Release 3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 96 B.C.L.R. (2d) 201, 118 D.L.R. (4th) 1, 93 C.C.C. (3d) 289, [1994] 10 W.W.R. 705, 50 B.C.A.C. 100, 82 W.A.C. 100, 32 C.P.C. (3d) 11, qui a confirmé une décision du juge Hall (1993), 106 D.L.R. (4th) 556, qui avait accordé une injonction provisoire. Pourvoi rejeté.

Gregory J. McDade, c.r., David Boyd et J. Demarco, pour l'appelante Greenpeace Canada.

A. Cameron Ward, pour l'appelante Valerie Langer.

John J. L. Hunter, c.r., et Peter G. Voith, pour l'intimée.

Michael Frey, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 MCLACHLIN J. — This case raises the issue of the power of the courts to grant injunctions against members of the public engaged in protests that interfere with the private rights of others. Can the courts make orders against unidentified persons not named in the action or named only in proxy as “Jane Doe” and “John Doe”? Or must the persons enjoined be sued and named before an order is enforceable against them?

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les tribunaux sont habilités à accorder des injonctions contre des membres du public qui participent à des manifestations portant atteinte aux droits privés d’autrui. Les tribunaux peuvent-ils rendre des ordonnances contre des personnes qui ne sont pas nommément désignées dans l’action ou qui sont simplement comprises sous la désignation «Jane Doe» et «John Doe»? Ou les personnes contre qui est dirigée l’injonction doivent-elles être nommément poursuivies pour qu’une ordonnance soit exécutoire à leur endroit?

I. Facts

I. Les faits

2 The appeal arises out of protests against the logging operations of the MacMillan Bloedel Forest Products Company on Vancouver Island in the Clayoquot Sound region of British Columbia. MacMillan Bloedel was engaged in harvesting trees on its properties in the Bulson Creek Watershed. Following a government decision to permit certain harvesting of old-growth forest, the logging of the Pacific Rain Forest in which MacMillan Bloedel and others were engaged became the focus of controversy. People opposed to the harvest of the forests mounted protests. One form of protest was to block public roads in order to prevent the logging trucks from sending cut logs out of the forest area.

Le pourvoi découle de manifestations contre les activités d’exploitation forestière de la société forestière MacMillan Bloedel sur l’île de Vancouver dans la région de la baie Clayoquot en Colombie-Britannique. La société exploitait la forêt sur ses terrains dans le bassin hydrographique du ruisseau Bulson. Par suite de la décision du gouvernement de permettre l’abattage d’une partie des arbres de peuplements mûrs, l’exploitation de la forêt pluviale du Pacifique par MacMillan Bloedel et d’autres a soulevé une controverse. Des opposants à l’abattage ont organisé des manifestations, qui ont consisté entre autres choses à barrer des chemins publics pour empêcher les grumiers de transporter le bois coupé hors de la forêt.

3 MacMillan Bloedel took legal action to end these blockades. On September 17, 1991, it brought an action to restrain the protesters from blocking the roads on which it trucked its logs. It named as defendants the appellant Valerie Langer, four other named individuals, and “John Doe, Jane Doe and Persons Unknown”, seeking damages for trespass, nuisance, intimidation, interference with contractual relations and conspiracy, as well as injunctive relief.

Pour mettre fin à ces barrages, MacMillan Bloedel a intenté, le 17 septembre 1991, une action visant à enjoindre aux manifestants de ne pas barrer les chemins par où passaient ses camions. Ont été constitués défendeurs l’appelante Valerie Langer, quatre autres personnes nommément désignées, ainsi que «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues». La société demandait des dommages-intérêts pour atteinte directe, nuisance, intimidation, immixtion dans les rapports contractuels et complot; ainsi qu’une injonction.

4 The day after its action was launched, MacMillan Bloedel proceeded to apply for and obtain an

Le jour suivant l’engagement de son action, MacMillan Bloedel a demandé et obtenu une

ex parte order enjoining “all persons having notice” of the order from impeding MacMillan Bloedel’s logging operations on the Bulson Creek Watershed. In a series of subsequent applications the order was amplified, refined, and extended both in duration and to include other sites: Spencer J. added arrest and detention provisions on September 20, 1991; Bouck J. converted the interim injunction to an interlocutory injunction on September 25, 1991; Hamilton J. expanded the geographical scope of the injunction on June 30, 1992; following further protest activities in July 1992, Tysoe J. granted an interim injunction of one year’s duration covering yet more territory; and on July 16, 1993, Esson C.J.S.C. extended the injunction to August 31, 1993. Public demonstrations escalated from July 5, 1993 onwards, with 56 persons ultimately being charged with contempt. Their trial was set for August 30, 1993.

On August 26, 1993, the application which gives rise to the order under appeal was brought. It came on before Hall J. He granted an interim injunction prohibiting the named defendants, as well as “John Doe, Jane Doe and Persons Unknown” and “all persons having notice of th[e] Order” from engaging in conduct which interfered with MacMillan Bloedel’s operations at specified locations: (1993), 106 D.L.R. (4th) 556. He also extended the injunctions granted by Esson C.J.S.C. and Hamilton J. to August 31, 1994. The appellants appealed from this order. The British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal, Wood J.A. dissenting: (1994), 96 B.C.L.R. (2d) 201, 118 D.L.R. (4th) 1, 93 C.C.C. (3d) 289, [1994] 10 W.W.R. 705, 50 B.C.A.C. 100, 82 W.A.C. 100, 32 C.P.C. (3d) 11 (hereinafter cited to B.C.L.R.). The appellants now appeal to this Court.

The injunction barred members of the public from blocking the Kennedy River bridge and

ordonnance *ex parte* portant que [TRADUCTION] «toutes les personnes ayant connaissance» de l’ordonnance devaient s’abstenir d’empêcher MacMillan Bloedel d’exercer ses activités d’exploitation de la forêt dans le bassin hydrographique du ruisseau Bulson. Par suite d’une série de demandes ultérieures, la portée de l’ordonnance a été élargie et améliorée, sa durée a été prolongée et le nombre d’emplacements visés augmenté: le 20 septembre 1991, le juge Spencer a ajouté des pouvoirs d’arrestation et de détention; le 25 septembre 1991, le juge Bouck a transformé l’injonction provisoire en injonction interlocutoire; le 30 juin 1992, le juge Hamilton a élargi la portée territoriale de l’injonction; par suite d’autres manifestations en juillet 1992, le juge Tysoe a accordé une injonction provisoire d’une durée d’un an visant un territoire encore plus étendu et, le 16 juillet 1993, le juge en chef Esson a prorogé l’injonction jusqu’au 31 août 1993. Les manifestations publiques ont pris de l’ampleur à compter du 5 juillet 1993, 56 personnes étant finalement accusées d’outrage au tribunal. Leur procès a été fixé au 30 août 1993.

Le 26 août 1993, la demande fondant l’ordonnance visée par le présent pourvoi a été présentée. Le juge Hall en a été saisi. Il a octroyé une injonction provisoire interdisant aux défendeurs nommément désignés ainsi qu’à «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues», et «toutes les personnes ayant connaissance de [l’]ordonnance», de faire tout acte nuisant aux activités de MacMillan Bloedel dans les lieux spécifiés: (1993), 106 D.L.R. (4th) 556. Il a aussi prorogé jusqu’au 31 août 1994 les injonctions accordées par le juge en chef Esson et le juge Hamilton. Les appelantes ont formé un appel contre cette ordonnance. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique l’a rejeté, le juge Wood étant dissident: (1994), 96 B.C.L.R. (2d) 201, 118 D.L.R. (4th) 1, 93 C.C.C. (3d) 289, [1994] 10 W.W.R. 705, 50 B.C.A.C. 100, 82 W.A.C. 100, 32 C.P.C. (3d) 11 (ci-après cité aux B.C.L.R.). Elles se pourvoient maintenant devant notre Cour.

L’injonction interdit aux membres du public de barrer le pont de la rivière Kennedy et autorise la

authorized the police to remove offenders in the following terms:

AND THIS COURT FURTHER ORDERS that any persons attending at or near the Kennedy River Bridge during working hours of the Plaintiff and while vehicles are travelling along the travelled roadway in such area shall situate themselves off that roadway and shall not attend within fifteen feet of that roadway;

AND THIS COURT FURTHER ORDERS that any peace officer be authorized to arrest and remove any person who the peace officer has reasonable and probable grounds to believe is contravening or has contravened the provisions of this order;

police à emmener tout contrevenant. Elle est ainsi libellée:

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE EN OUTRE que toute personne se trouvant au pont de la rivière Kennedy ou à proximité durant les heures ouvrables de la demanderesse et au moment où les véhicules circulent sur la chaussée à cet endroit se retire et ne s'approche pas de plus de quinze pieds de la chaussée;

LA COUR ORDONNE EN OUTRE que tout agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train d'enfreindre ou a enfreint les dispositions de la présente ordonnance soit autorisé à l'arrêter et à l'emmener;

7 The police arrested over 800 individuals during the summer and fall of 1993 for violating the interlocutory orders obtained by MacMillan Bloedel. The vast majority of the people arrested were not named as defendants in the Statement of Claim. Six hundred and twenty-six people were convicted of criminal contempt of court and sanctioned by fines of up to \$3,000 and jail terms of up to 60 days. The individuals arrested came from all parts of Canada and a number of other countries. The evidence establishes that before arresting a protester, the police followed the practice of handing the injunction to the protester and then reading its contents to him or her. Upon this being done, most protesters peacefully left the blockade.

8 Throughout this period, the Attorney General of British Columbia followed a policy of not laying criminal charges against environmental groups or individuals engaged in civil disobedience, leaving it instead to the affected private parties to seek civil relief through the courts.

9 MacMillan Bloedel has not brought the main action on for trial. Its counsel did not suggest that it ever would. The government policy has changed and the protests have died down. The injunctions have long since expired.

Durant l'été et l'automne 1993, la police a arrêté plus de 800 personnes pour violation des ordonnances interlocutoires obtenues par MacMillan Bloedel. La grande majorité des personnes arrêtées n'étaient pas désignées nommément comme défenderesses dans la déclaration. Six cent vingt-six d'entre elles ont été déclarées coupables d'outrage criminel et frappées d'amendes allant jusqu'à 3 000 \$ et de peines d'emprisonnement allant jusqu'à 60 jours. Les personnes arrêtées venaient de toutes les régions du Canada et d'un certain nombre d'autres pays. La preuve établit qu'avant d'arrêter un manifestant, les policiers lui remettaient l'injonction et lui en lisaient le texte. La plupart des manifestants se retiraient alors paisiblement.

Durant toute cette période, le procureur général de la Colombie-Britannique s'en est tenu à sa politique de ne pas porter d'accusations au criminel contre les groupes environnementalistes ou les individus se livrant à des actes de désobéissance civile, laissant plutôt aux parties privées lésées le soin de demander réparation devant les tribunaux.

MacMillan Bloedel n'a pas inscrit l'action principale pour instruction et son avocat n'a pas indiqué qu'elle allait l'y inscrire un jour. La politique gouvernementale a changé et les manifestations ont arrêté. Les injonctions ont expiré depuis longtemps.

II. Judgments of the British Columbia Courts

Hall J. granted the order in terms similar to previous orders made in this matter by other justices of the Supreme Court of British Columbia.

The Court of Appeal upheld the order, Wood J.A. dissenting. The majority of the Court of Appeal was satisfied that the Supreme Court, as a court of inherent jurisdiction, had jurisdiction to make orders binding on non-parties and that the use of such power was justified to preserve the respondent's property rights in the face of mass obstruction. Wood J.A. dissented on the ground that court orders are binding only on named parties to the action, and that the epithets "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" did not make members of the public parties to the action. In his view, the proper remedy when mass action threatens to overrun private rights is for the Attorney General to enforce the criminal law.

III. The Issues

The appellants make one main point: the court, in the context of civil litigation between private parties, does not have the power to grant an injunction which binds non-parties or the general public. Nor can the problem be cured, in their view, by the use of terms like "John Doe", "Jane Doe" or "Persons Unknown". The appellant Valerie Langer argues that if the courts have the power to make orders against non-parties, it is not appropriate to include provisions authorizing the police to arrest and detain strangers to the litigation. Three issues, therefore, arise:

- (1) Do the courts have the power in the context of civil litigation between private parties to enjoin non-parties or members of the public from designated conduct?

II. Les jugements des tribunaux de la Colombie-Britannique

L'ordonnance du juge Hall est rédigée en des termes semblables à ceux des ordonnances antérieures des autres juges de la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur cette question.

La Cour d'appel a confirmé l'ordonnance, le juge Wood exprimant sa dissidence. Les juges majoritaires étaient convaincus que la Cour suprême, de par sa compétence inhérente, était habilitée à rendre des ordonnances opposables aux tiers et que l'exercice d'un tel pouvoir était justifié puisqu'il visait à défendre les droits de propriété de l'intimée contre une obstruction en masse. Le juge Wood, dissident, a affirmé que les ordonnances judiciaires ne sont opposables qu'aux parties à l'action nommément désignées et que les termes «Jane Doe, John Doe et autres personnes inconnues» n'avaient pas pour effet de constituer des membres du public parties à l'action. À son avis, la réparation convenable en cas d'actes en masse menaçant de porter atteinte à des droits privés est la prise de mesures par le procureur général pour faire respecter le droit criminel.

III. Les questions en litige

Les appelantes font valoir un argument principal: le tribunal, dans le contexte d'un litige civil entre parties privées, n'a pas le pouvoir d'accorder une injonction opposable aux tiers ou au grand public. De plus, à leur avis, l'emploi des mots «John Doe», «Jane Doe» ou «autres personnes inconnues» ne constitue pas une solution au problème. L'appelante Valerie Langer soutient que, si les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances contre des tiers, il ne convient pas d'y inclure des dispositions autorisant la police à arrêter et à détenir des personnes étrangères au litige. Trois questions se posent donc:

- (1) Les tribunaux ont-ils le pouvoir, dans le contexte de litiges civils entre parties privées, d'interdire aux tiers ou aux membres du public d'accomplir certains actes?

10

11

12

- (2) If so, can such orders be made using terms like "John Doe" or "Jane Doe" or "Persons Unknown"?
- (3) If the courts can make such orders, is it appropriate to include in them provisions authorizing the police to arrest and detain strangers to the litigation?

IV. Analysis

A) *Do the Courts Have Jurisdiction to Make Orders Binding on Non-Parties?*

¹³ This case, like most, rests on a fundamental conflict. The conflict is between the right to express public dissent on the one hand, and the exercise of property and contractual rights on the other. Thus the appellants are wrong in asserting that the orders in question are nothing more than "government by injunction" aimed at suppressing public dissent. The respondent is equally wrong in asserting that this case has nothing to do with the public expression of dissenting views and pertains only to private property. This case is about both. In a society that prizes both the right to express dissent and the maintenance of private rights, a way to reconcile both interests must be found. One of the ways this can be done is through court orders like the one at issue in this case. The task of the courts is to find a way to protect the legitimate exercise of lawful private rights while preserving maximum scope for the lawful exercise of the right of expression and protest.

¹⁴ At issue in this case is the power of the courts to use an injunction granted in private litigation to regulate or curtail public conduct. The protesters, members of the public, were blocking public roads. The injunction ordered them not to do so and provided for their arrest if they persisted. The submission of the appellant Greenpeace comes down to this: private parties cannot use the courts to curtail the activity of members of the public because private litigation is confined to named,

- (2) Dans l'affirmative, ces ordonnances peuvent-elles inclure les termes «John Doe», «Jane Doe» ou «autres personnes inconnues»?
- (3) Si les tribunaux peuvent rendre de telles ordonnances, convient-il d'y inclure des dispositions autorisant la police à arrêter et détériorer des personnes étrangères au litige?

IV. Analyse

A) *Les tribunaux ont-ils compétence pour rendre des ordonnances opposables aux tiers?*

Comme il en va dans la plupart des cas, le présent pourvoi se rattache à un conflit fondamental. Il s'agit en l'espèce du conflit entre le droit de manifester publiquement sa dissidence, d'une part, et l'exercice de droits de propriété et de droits contractuels, d'autre part. Aussi les appelantes ont-elles tort d'affirmer que les ordonnances en question ne sont rien d'autre qu'une forme de [TRADUCTION] «gouvernement par injonction» qui vise à supprimer l'expression publique de la dissidence. L'intimée a également tort d'affirmer que le présent pourvoi n'a rien à voir avec l'expression publique d'une différence d'opinions et ne concerne que la propriété privée. Le présent pourvoi doit être examiné sous ces deux aspects. Dans une société qui prise aussi bien le droit de manifester sa dissidence que la préservation des droits privés, il faut trouver un moyen de concilier les deux intérêts. Les ordonnances judiciaires telles que celle en cause constituent un tel moyen. La tâche des tribunaux consiste à trouver une façon de protéger l'exercice légitime de droits privés tout en laissant le plus possible libre cours à l'exercice légal du droit d'exprimer son opinion et de manifester.

Se trouve en cause en l'espèce le pouvoir des tribunaux d'utiliser l'injonction accordée dans un litige civil pour réglementer ou restreindre les actes du public. Les manifestants, membres du public, barraient des chemins publics. L'injonction leur ordonnait de s'en abstenir et prévoyait leur arrestation s'ils persistaient. L'argument de l'appelante Greenpeace revient à dire que les parties privées ne peuvent pas utiliser les tribunaux pour restreindre l'activité de membres du public parce que

identifiable parties. If members of the public violate the law, disturb the peace or interfere with the lawful exercise of private rights, it is a matter for the Attorney General to prosecute under the criminal law or seek an injunction in the public interest.

It is accepted by all that the British Columbia Supreme Court, as a court of inherent jurisdiction, possesses the power required to maintain the rule of law. More specifically, the broad power of the Court to grant interlocutory injunctions is confirmed by the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36, which provides for their grant "in all cases in which it appears to the court to be just or convenient that the order should be made . . . on terms and conditions the court thinks just". Relying on these powers, MacMillan Bloedel argues that where a court of inherent jurisdiction has jurisdiction over a dispute or *lis* by reason of private litigation, it can make all orders necessary to preserve the rights of the parties, including orders against unknown persons where this is necessary to make the relief effective. Citing this Court's recent decision in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, MacMillan Bloedel argues that if the rule of law is to be maintained, it must not be deprived of an effective remedy. MacMillan Bloedel contends that the sole purpose of the injunction at issue was to remove the physical blockades that prevented it from exercising the property rights asserted in the action. Having made out a *prima facie* case that its property rights were being violated, MacMillan Bloedel takes the position that it was entitled to an interim order protecting those rights. An order going merely against named parties, i.e., those who had blocked the road in the past, would be ineffective because new people were arriving daily to participate in the blockades. Since the only effective way to protect its rights was, in MacMillan Bloedel's submission, by means of an order directed at unknown persons, it contends that the British Columbia Supreme Court had jurisdiction to grant the order sought.

les litiges privés sont limités à des parties nommément désignées, identifiables. Si des membres du public violent la loi, troublent l'ordre public ou portent atteinte à l'exercice légal de droits privés, il appartient au procureur général d'engager des poursuites au criminel ou de demander une injonction dans l'intérêt public.

Tous s'entendent pour reconnaître que la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en tant que cour de compétence inhérente, possède le pouvoir de maintenir la primauté du droit. Plus précisément, le large pouvoir de la cour d'octroyer des injonctions interlocutoires est confirmé par la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36, qui prévoit l'octroi de telles injonctions [TRADUCTION] «dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, [. . .] selon les modalités qu'elle juge équitables». Invoquant ces pouvoirs, MacMillan Bloedel soutient que, lorsqu'une cour de compétence inhérente est habilitée à juger un litige de nature privée, elle peut rendre toute ordonnance nécessaire pour préserver les droits des parties, y compris des ordonnances contre des personnes inconnues si cela s'impose pour rendre la réparation efficace. Citant la décision récente de notre Cour *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, MacMillan Bloedel fait valoir que le maintien de la primauté du droit commande qu'elle ne soit pas privée d'une réparation efficace. Selon elle, le seul objet de l'injonction en cause était de faire enlever les obstacles matériels qui l'empêchaient d'exercer les droits de propriété qu'elle faisait valoir dans l'action. Ayant établi à première vue l'atteinte à ses droits de propriété, MacMillan Bloedel fait valoir qu'elle avait droit à une ordonnance provisoire protégeant ces droits. Une ordonnance qui ne se serait appliquée qu'à des parties nommément désignées, c'est-à-dire celles qui avaient barré le chemin dans le passé, aurait été inefficace parce que d'autres personnes arrivaient tous les jours pour renforcer les barrages. Comme le seul moyen efficace de protéger ses droits était, d'après MacMillan Bloedel, une ordonnance dirigée contre des personnes inconnues, elle affirme que la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait compétence pour accorder l'ordonnance demandée.

16 Against this position, the appellants raise two arguments. The first is that the courts have no inherent jurisdiction to make orders against members of the public in criminal law matters. The second is that the courts have no jurisdiction to make orders against unnamed parties. I will consider each in turn.

(1) The Criminal Law Argument

17 The appellant Langer argues that there was no need for the B.C. Supreme Court to assume jurisdiction over unknown parties because an alternative remedy was available. MacMillan Bloedel's "most obvious" remedy, she submits, was to "prevail upon law enforcement officials to enforce the *Criminal Code*".

18 On a practical level, this remedy offered little assistance to MacMillan Bloedel in the summer of 1993. The Attorney General of British Columbia had a specific policy not to lay criminal charges against environmental groups engaging in civil disobedience, but to leave it to affected parties to seek injunctive relief. MacMillan Bloedel submits that it was precisely because the Attorney General was not acting that it needed the protection of an interim injunction.

19 Underlying the argument that the proper remedy lay in the criminal law is the proposition that, as a matter of law, it is for the Attorney General alone to decide whether and how to deal with conduct of a criminal nature. If the Attorney General decides that it is not in the public interest for the government to act, it is not open to a private party to enlist the aid of the courts to stop the conduct. The appellant Langer relies on *Robinson v. Adams* (1924), 56 O.L.R. 217 (C.A.), and *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435 (H.L.), in support of this contention.

20 I cannot accept the appellant's position. The mere fact that conduct may be characterized as

À l'opposé, les appelantes font valoir deux arguments. Le premier veut que les tribunaux n'aient pas de compétence inhérente pour rendre des ordonnances contre des membres du public en matière criminelle. Le second est que les tribunaux n'ont pas compétence pour rendre des ordonnances contre des personnes non désignées nommément. J'examinerai chaque argument à tour de rôle.

(1) L'argument relatif au droit criminel

L'appelante Langer soutient qu'il n'était pas nécessaire que la Cour suprême de la Colombie-Britannique assume la compétence à l'égard de parties inconnues parce qu'une autre réparation pouvait être obtenue. La réparation [TRADUCTION] «la plus évidente» pour MacMillan Bloedel, soutient-elle, était de [TRADUCTION] «persuader les autorités chargées de l'application de la loi de faire respecter le *Code criminel*».

Sur le plan pratique, cette réparation n'était pas d'un grand secours pour MacMillan Bloedel durant l'été 1993. La politique du procureur général de la Colombie-Britannique était précisément de ne pas porter d'accusations au criminel contre les groupes environnementalistes se livrant à des actes de désobéissance civile et de laisser plutôt aux parties lésées le soin de demander une injonction. MacMillan Bloedel soutient que c'est justement parce que le procureur général n'agissait pas qu'elle avait besoin de la protection d'une injonction provisoire.

L'argument que la réparation qui convient relève du droit criminel repose sur l'assertion qu'en droit, il appartient au procureur général seul de décider de l'opportunité et de la nature des mesures à prendre en cas d'infraction de nature criminelle. Si ce dernier décide que l'intervention de l'État ne sert pas l'intérêt public, cela ne donne pas ouverture à un recours d'une partie privée. Pour étayer cette prétention, l'appelante Langer cite les arrêts *Robinson c. Adams* (1924), 56 O.L.R. 217 (C.A.), et *Gouriet c. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435 (H.L.).

Je ne peux pas accepter cette position. Le simple fait qu'une conduite puisse être qualifiée de crimi-

criminal does not deprive a person whose private rights are affected from seeking relief in the civil courts. *Robinson* and *Gouriet* deal with the narrower issue whether a person who asserts no private right has standing to advance the public interest without first obtaining the consent of the Attorney General. Where, as here, a private litigant's rights are affected by criminal conduct, there is no question that the litigant has such standing: Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. 1995 (loose-leaf)), c. 4; *Robinson*, *supra*; *Gouriet*, *supra*. More specifically, where criminal conduct affects property rights, the person so affected may invoke the equitable jurisdiction of the court to obtain an injunction prohibiting the conduct: Sharpe, *supra*, at p. 3-32; *Hurtig v. Reiss*, [1937] 3 W.W.R. 549 (Man. C.A.). Sharpe cites the following passage from *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, at p. 114, rev'd, [1903] 2 Ch. 556 (C.A.), rev'd [1906] A.C. 1 (H.L.), as a classic statement of the right of a private individual to seek relief from criminal conduct in the civil courts:

A plaintiff can sue without joining the Attorney-General in two cases: first, where the interference with the public right is such as that some private right of his is at the same time interfered with (e.g., where an obstruction is so placed in a highway that the owner of premises abutting upon the highway is specially affected by reason that the obstruction interferes with his private right to access from and to his premises to and from the highway); and secondly, where no private right is interfered with, but the plaintiff, in respect of his public right, suffers special damage peculiar to himself from the interference with the public right. [Emphasis added.]

Section 11 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, codifies this principle in unqualified terms: "No civil remedy for an act or omission is suspended or affected by reason that the act or omission is a criminal offence".

I conclude that the fact that the conduct of blocking the roads can be characterized as criminal does not deprive the British Columbia Supreme

nelle n'empêche pas une personne dont les droits privés sont violés de demander une réparation devant les tribunaux civils. Les arrêts *Robinson* et *Gouriet* portent sur la question plus étroite de savoir si une personne qui ne fait valoir aucun droit privé a qualité pour défendre l'intérêt public sans d'abord obtenir le consentement du procureur général. Lorsque, comme en l'espèce, une conduite criminelle porte atteinte aux droits d'un poursuivant privé, il n'y a pas de doute que le poursuivant a cette qualité: Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. 1995 (feuilles mobiles)), ch. 4; arrêts *Robinson* et *Gouriet*, précités. Plus précisément, lorsqu'une conduite criminelle porte atteinte à des droits de propriété, la personne lésée peut demander à la cour d'exercer sa compétence en *equity* pour décerner une injonction interdisant cette conduite: Sharpe, *op. cit.*, à la p. 3-32; *Hurtig v. Reiss*, [1937] 3 W.W.R. 549 (C.A. Man.). Sharpe cite le passage suivant de l'arrêt *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, à la p. 114, inf. par [1903] 2 Ch. 556 (C.A.), inf. par [1906] A.C. 1 (H.L.), qui est pour lui l'exposé classique du droit d'une personne privée de demander réparation d'une conduite criminelle devant les tribunaux civils:

[TRADUCTION] Un demandeur peut engager une poursuite sans l'intervention du procureur général dans deux cas: premièrement, lorsque l'atteinte au droit public a pour effet de porter atteinte à un droit privé du demandeur (par ex., quand une obstruction de la voie publique porte particulièrement préjudice au propriétaire d'un bien-fonds attenant à la voie publique du fait qu'elle viole son droit privé d'accès à son bien-fonds); deuxièmement, lorsque aucune atteinte n'est portée à un droit privé, mais que le demandeur subit, en ce qui a trait à son droit public, un préjudice particulier qui lui est propre du fait de l'atteinte au droit public. [Je souligne.]

L'article 11 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, codifie ce principe sans réserve: «Aucun recours civil pour un acte ou une omission n'est suspendu ou atteint du fait que l'acte ou omission constitue une infraction criminelle».

Je conclus que le fait que la conduite consistant à barrer les chemins puisse être qualifiée de criminelle ne prive pas la Cour suprême de la Colom-

Court of the right to grant an injunction against potential offenders in a civil action.

(2) The Problem of Unidentified Persons

22 The second jurisdictional attack on the interim injunction is the assertion that the courts do not have the jurisdiction to make orders binding on non-parties. On this submission, an order can bind only parties named in the action. Wood J.A. accepted this argument. In his view, it is "a principle fundamental to our notion of justice" (p. 231) that "the single-minded purpose of the modern day writ of summons and its ancestors has been to give the defendant notice of the proceedings against him, by virtue of which notice the courts then had jurisdiction to grant relief at the behest of the plaintiff" (pp. 231-32). Relying on English authority, Wood J.A. concluded that, absent a writ directed against an individual personally, the court lacks jurisdiction to make an order against that person.

23 I propose to consider this argument in two ways: first, from the perspective of the authorities, and second, from the perspective of the effect that such a rule would have on maintaining the rule of law in Canadian society. I turn first to the authorities. I conclude that while the relevant principles have been articulated somewhat differently in England and Canada, the practical effect is the same: in both countries, non-parties who violate injunctions may be found in contempt of court. Hence, non-parties may be seen as being, if not technically bound by the order, bound to obey the order. The same rule, it will be seen, has been accepted in other countries with legal systems similar to our own.

24 It is important at the outset to keep one distinction firmly in mind, as the failure to do so led to some confusion in the submissions before us. I refer to the distinction between the question whether an order may refer to classes of unnamed persons, and the quite separate question whether an

bie-Britannique du droit de décerner une injonction contre des contrevenants éventuels dans une action au civil.

(2) Le problème des personnes non identifiées

Le second moyen déclinatoire contre l'injonction provisoire est l'assertion que les tribunaux n'ont pas compétence pour rendre des ordonnances opposables aux tiers. Selon cet argument, une ordonnance ne peut être opposable qu'aux parties nommément désignées dans l'action. Le juge Wood a approuvé cet argument. À son avis, il existe [TRADUCTION] «un principe fondamental dans notre conception de la justice» (p. 231), selon lequel «l'objet unique du bref d'assignation moderne et de ceux qui l'ont précédé a été d'aviser le défendeur des poursuites intentées contre lui, et que cet avis conférait aux tribunaux la compétence pour accorder réparation au demandeur» (pp. 231 et 232). S'appuyant sur la jurisprudence anglaise, le juge Wood a conclu que, en l'absence d'un bref adressé à une personne en particulier, le tribunal n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance contre cette personne.

Je me propose d'étudier cet argument sous deux angles: premièrement, en faisant l'analyse de la jurisprudence, et deuxièmement, en examinant l'effet qu'une telle règle aurait sur le maintien de la primauté du droit dans la société canadienne. Voyons d'abord la jurisprudence. À mon avis, si les principes pertinents ont été énoncés un peu différemment en Angleterre et au Canada, l'effet est le même en pratique: dans les deux pays, les tiers qui violent une injonction peuvent être déclarés coupables d'outrage au tribunal. On peut donc dire que, strictement parlant, l'ordonnance n'est pas opposable aux tiers, mais que ceux-ci sont tenus de s'y conformer. Nous verrons que la même règle a été acceptée dans d'autres pays dont le système juridique est semblable au nôtre.

Il est une distinction qu'il importe au début de bien retenir, car l'omission d'en tenir compte a entraîné une certaine confusion dans les arguments qui nous ont été présentés. Il s'agit de la distinction entre la question de savoir si une ordonnance peut faire mention de catégories de personnes non

order can bind persons not party to the litigation. The first is a procedural question, a matter of pleading. The second is the real question raised by the dissenting opinion of Wood J.A. It is with the second question that I am concerned at this point.

The argument that the jurisdiction of the courts is confined to parties named and served in the action rests on the notion that the courts can act only *in personam*; that is, against named individuals. In *Marengo v. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406 (H.L.), Lord Uthwatt cited *Iveson v. Harris* (1802), 7 Ves. 251, 32 E.R. 102, at p. 104, for the proposition that a court is not competent “to hold a man bound by an injunction, who is not a party in the cause for the purpose of the cause”. He went on to say (at p. 407):

The reference to servants, workmen, and agents in the common form is nothing other than a warning against wrongdoing to those persons who may by reason of their situation be thought easily to fall into the error of implicating themselves in a breach of the injunction by the defendant. There its operation, in my opinion, ends.

The traditional English rule thus appears to be that only named parties can be bound by a court order. While general terminology referring to others may be included in the order, this is done only to capture the idea that the named party — often a corporation — is enjoined from committing the specified act both directly and through the actions of others, such as servants and agents, whom it may direct. The general terminology also serves to provide a warning to third parties who might otherwise implicate themselves in a breach of the order.

If third parties are not bound by an order, it would seem logically to follow that they cannot personally be held responsible for breaching it. Nevertheless, the English courts accept that non-

désignées nommément, et la question tout à fait distincte de savoir si une ordonnance peut être opposable à des personnes qui ne sont pas parties à l'action. La première est une question de procédure, qui concerne les actes de procédure. La seconde est la question que soulève véritablement l'opinion dissidente du juge Wood. C'est à la seconde que je vais maintenant m'attarder.

L'argument que la compétence des tribunaux est limitée aux parties nommément désignées auxquelles la procédure a été signifiée repose sur l'idée que les tribunaux ne peuvent agir qu'*in personam*, c'est-à-dire contre des personnes nommément désignées. Dans *Marengo c. Daily Sketch and Sunday Graphic, Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 406 (H.L.), lord Uthwatt s'est fondé sur l'arrêt *Iveson c. Harris* (1802), 7 Ves. 251, 32 E.R. 102, à la p. 104, pour affirmer qu'un tribunal n'a pas compétence [TRADUCTION] «pour rendre une injonction opposable à une personne qui n'est pas partie à l'action aux fins de l'action». Il ajoute (à la p. 407):

[TRADUCTION] La mention des employés, ouvriers et mandataires incluse dans la formulation courante n'est rien d'autre qu'un avertissement adressé aux personnes qui, de par leur situation, sont susceptibles de participer à une violation de l'injonction par le défendeur. Elle n'a pas d'autre effet, à mon avis.

La règle anglaise traditionnelle semble donc être qu'une ordonnance judiciaire n'est opposable qu'aux parties nommément désignées. Certes, des termes généraux désignant d'autres personnes peuvent être inclus dans l'ordonnance, mais leur emploi ne vise qu'à exprimer l'idée qu'il est interdit à la partie nommément désignée — souvent une personne morale — d'accomplir l'acte spécifié tant directement que par l'intermédiaire d'autres personnes, telles que les employés et mandataires, qui peuvent agir sous ses ordres. Les termes généraux servent aussi à donner un avertissement aux tiers qui pourraient sans cela participer à une violation de l'ordonnance.

Si l'ordonnance n'est pas opposable aux tiers, il semble qu'il s'ensuive logiquement qu'on ne puisse leur reprocher sa violation. Néanmoins, les tribunaux anglais acceptent que des tiers soient

parties may be held guilty of contempt for violating court orders. The House of Lords has recently confirmed that a person not named in an order may be held in contempt of court for doing the act prohibited by the order, even when acting independently and not aiding or abetting the named defendant: *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1991] 2 W.L.R. 994 (H.L.); see also *In re Supply of Ready Mixed Concrete*, [1991] 3 W.L.R. 707 (C.A.), at p. 718. In this sense, it may be argued that the English authorities, despite an apparent rule to the contrary, in fact hold that injunctions are binding on persons other than the parties to the action.

déclarés coupables d'outrage en cas de violation d'ordonnances judiciaires. La Chambre des lords a confirmé récemment qu'une personne non désignée nommément dans une ordonnance peut être déclarée coupable d'outrage au tribunal pour avoir commis l'acte interdit par l'ordonnance, même si elle a agi de manière indépendante et non pour aider ou encourager le défendeur nommément désigné: *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1991] 2 W.L.R. 994 (H.L.); voir également *In re Supply of Ready Mixed Concrete*, [1991] 3 W.L.R. 707 (C.A.), à la p. 718. En ce sens, on peut soutenir que les tribunaux anglais, malgré une règle apparemment contraire, jugent en fait que les injonctions sont opposables à des personnes qui ne sont pas parties à l'action.

27 How is the fact that non-parties can be found guilty of violating court orders and sent to prison therefor to be reconciled with the assertion of the English authorities that only parties to the litigation can be bound by court orders? On the level of theory, these apparently contradictory positions are reconciled by the distinction between being bound by an injunction as a party to the action and being guilty of contempt of court by obstructing justice. Only parties are "bound" by the injunction. But anyone who disobeys the order or interferes with its purpose may be found to have obstructed the course of justice and hence be found guilty of contempt of court. Thus in *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.), Lindley L.J. wrote (at p. 555):

A motion to commit a man for breach of an injunction, which is technically wrong unless he is bound by the injunction, is one thing; and a motion to commit a man for contempt of Court, not because he is bound by the injunction by being a party to the cause, but because he is conducting himself so as to obstruct the course of justice, is another and a totally different thing.

Comment donc concilier le fait que des tiers puissent être déclarés coupables de violation d'ordonnances judiciaires et incarcérés, avec l'affirmation des tribunaux anglais que ces ordonnances ne sont opposables qu'aux parties au litige? Sur le plan théorique, ces positions apparemment contradictoires sont conciliées par la distinction entre l'opposabilité de l'injonction aux parties à l'action et l'imputabilité de l'outrage à celui qui se rend coupable d'entrave à la justice. L'injonction n'est «opposable» qu'aux parties. Mais quiconque enfreint l'ordonnance ou en gêne l'application peut se voir reprocher une entrave à la justice et donc se rendre coupable d'outrage au tribunal. C'est ainsi que dans *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.), le lord juge Lindley écrit (à la p. 555):

[TRADUCTION] Une requête tendant à l'incarcération d'une personne pour violation d'une injonction, qui est strictement parlant mal fondée sauf si l'injonction lui est opposable, est une chose; une requête visant à l'incarcération d'une personne pour outrage au tribunal, non pas parce que l'injonction lui est opposable en tant que partie à l'action, mais parce que son acte est une entrave à la justice, est une tout autre chose.

28 On the level of practice, the distinction seems to be a distinction without a difference since in either case, a person not named in the action who violates the injunction may be brought before the courts, tried, and penalized. The difference vanishes in the Canadian context where the practice is to charge non-parties with contempt rather than for violating

Sur le plan pratique, la distinction semble ne reposer sur aucune différence réelle car dans l'un et l'autre cas, une personne non désignée nommément dans l'action qui viole l'injonction peut être traduite en justice, jugée et frappée d'une peine. La différence est inexistante en droit canadien puisque, d'ordinaire, ce qui est reproché aux tiers est

the injunction. In the case at bar, for example, the 626 people convicted under the various injunctions were convicted not of violating the injunction, but of criminal contempt.

It thus emerges that Wood J.A. correctly asserts the existence of the English rule that injunctions bind only parties to the action. The assertion, however, is of little consequence because third parties who violate or interfere with the injunction may be prosecuted for contempt of court. The case at bar does not raise the issue whether non-parties are bound by an injunction in the technical sense discussed by Wood J.A.; it does raise the issue whether non-parties can be found in contempt of court for violating an injunction. On the English authorities, the answer to that question is indubitably affirmative.

Canadian judges considering the problem of mass violations of private rights have made less of the distinction between being bound by an injunction (confined to parties) and being bound to obey an injunction (not confined to parties). In *Bartle & Gibson Co. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1971] 2 W.W.R. 449 (B.C.C.A.), Tysoe J.A., considering a submission that non-parties should not be described in an order, stated (at p. 455):

I find it a little difficult to understand why, if it is true — and it is, of course, quite true that persons who, with knowledge of an order, take any steps to assist in contravening it, may be proceeded against for contempt of court — why the order should not provide that it covers somebody who, having knowledge of the order, disobeys it.

A similar recognition that anyone who violates a court order, whether a party or not, may be charged with contempt of court seems to underlie the comment of Estey J., speaking for this Court in *International Longshoremen's Association, Local*

un outrage au tribunal plutôt que la violation de l'injonction. En l'espèce, par exemple, les 626 personnes déclarées coupables à l'égard des diverses injonctions ont été déclarées coupables non pas de violation d'une injonction mais bien d'outrage criminel.

Il appert donc que le juge Wood a invoqué avec raison l'existence de la règle anglaise voulant que les injonctions ne soient opposables qu'aux parties à l'action. Cela porte cependant peu à conséquence, parce que les tiers qui violent l'injonction ou en gênent l'application peuvent être poursuivis pour outrage au tribunal. La présente espèce ne soulève pas la question de savoir si une injonction est, strictement parlant, au sens où l'entend le juge Wood, opposable aux tiers; elle pose toutefois celle de savoir si les tiers peuvent se rendre coupables d'outrage au tribunal pour violation d'une injonction. Selon la jurisprudence anglaise, il faut indubitablement répondre à cette question par l'affirmative.

Les juges canadiens appelés à statuer sur le problème des violations en masse de droits privés ont fait moins de cas de la distinction entre l'opposabilité d'une injonction (limitée aux parties) et l'obligation de s'y conformer (non limitée aux parties). Dans *Bartle & Gibson Co. c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1971] 2 W.W.R. 449 (C.A.C.-B.), le juge Tysoe, qui examine l'argument que les tiers ne doivent pas être mentionnés dans une ordonnance, dit ceci (à la p. 455):

[TRADUCTION] Je trouve un peu difficile de comprendre, s'il est vrai — et il est bien sûr tout à fait vrai — que les personnes qui, ayant connaissance d'une ordonnance, aident quelqu'un à la violer peuvent être l'objet de poursuites pour outrage au tribunal, pourquoi l'ordonnance ne devrait pas préciser qu'elle s'applique à quiconque l'enfreint sciemment.

Il semble que le juge Estey reconnaisse lui aussi que toute personne, qu'elle soit ou non partie à l'action, qui viole une ordonnance judiciaire peut être accusée d'outrage au tribunal, lorsqu'il s'exprime en ces termes au nom de notre Cour dans

273 v. Maritime Employers' Association, [1979] 1 S.C.R. 120, at p. 144:

However [language enjoining non-parties] has, for many years, been adopted in these injunctions . . . no doubt for the good reason that it makes the impact and sense of the order clear to all those likely to be affected thereby and, in any event, such wording can hardly be said to harm any of the persons in law affected by the order. [Emphasis added.]

In other words, since persons other than named parties may be affected by the order, and be held in contempt for violating it, it makes good sense to use language which alerts those people to that risk. More recent English authority suggests that courts there, too, may be coming to see the practical value of such an approach. Thus, in *Attorney General v. Newspaper Publishing plc*, [1987] 3 All E.R. 276 (C.A.), at pp. 314-15, Balcombe L.J. commented that in an appropriate case it may be "preferable" for the court to make its initial protective order in terms which make it clear to members of the public who may be affected by the order that they also are required to obey it.

Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes, [1979] 1 R.C.S. 120, à la p. 144:

Toutefois, [la formulation portant interdiction aux tiers] a été adoptée dans les injonctions depuis plusieurs années [. . .], sans aucun doute pour la bonne raison que la portée et le sens de l'ordonnance apparaissent ainsi clairement aux personnes qui sont vraisemblablement visées. De toute façon, on ne saurait dire que cette formulation cause un préjudice aux personnes visées en droit par l'ordonnance. [Je souligne.]

Autrement dit, comme les personnes non désignées nommément peuvent être visées par l'ordonnance et être déclarées coupables d'outrage pour violation de celle-ci, il est logique d'employer des termes qui les avertissent de ce risque. D'après des précédents plus récents en Angleterre, les tribunaux anglais commencent peut-être à voir eux aussi la valeur pratique d'une telle façon de faire. Ainsi, dans *Attorney General c. Newspaper Publishing plc*, [1987] 3 All E.R. 276 (C.A.), aux pp. 314 et 315, le lord juge Balcombe fait observer que dans un cas qui s'y prête, il peut être [TRADUCTION] «préférable» que le tribunal rédige son ordonnance protectrice initiale dans des termes qui précisent bien aux membres du public qui peuvent être visés par celle-ci qu'ils sont tenus de s'y conformer.

31

It may be confidently asserted, therefore, that both English and Canadian authorities support the view that non-parties are bound by injunctions: if non-parties violate injunctions, they are subject to conviction and punishment for contempt of court. The courts have jurisdiction to grant interim injunctions which all people, on pain of contempt, must obey. The only issue — and one which has preoccupied courts both in England and, to a lesser extent, here — is whether the wording of the injunction should warn non-parties that they, too, may be affected by including language enjoining the public, or classes of the public, from committing the prohibited acts. On this point I share the view of Tysoe J.A. in *Bartle & Gibson, supra*, and Estey J. in *International Longshoremen's Association, supra*: if members of the public may be bound to respect court orders in private suits on

Il est donc possible d'affirmer avec confiance que la jurisprudence tant anglaise que canadienne appuie le point de vue que les injonctions sont opposables aux tiers: si des tiers violent une injonction, ils s'exposent à une condamnation et à une peine pour outrage au tribunal. Les tribunaux ont compétence pour accorder des injonctions provisoires que tous, sous peine de condamnation pour outrage, doivent respecter. La seule question — qui a préoccupé les tribunaux tant en Angleterre que, à un moindre degré, au Canada — est de savoir s'il y a lieu, par l'insertion dans l'injonction de termes interdisant au public ou à des membres du public de commettre les actes interdits, d'avertir les tiers qu'ils peuvent eux aussi être visés. Sur ce point, je partage l'avis du juge Tysoe dans *Bartle & Gibson*, précité, et du juge Estey dans *Association internationale des débardeurs*, précité: si l'on peut obliger des membres du public à respecter des ordonnances judiciaires dans des actions privées

pain of being held in contempt, it seems appropriate that the order apprise them of that fact.

It remains to consider a final argument raised by the appellants. Underlying both their submissions and the dissenting reasons of Wood J.A. is the suggestion that it is improper to use private litigation for the sole purpose of obtaining an injunction to constrain public action. Hence the emphasis on the fact that MacMillan Bloedel's main action against the named defendants has never proceeded to trial. Having given this concern my most serious consideration, I conclude that it provides no basis for invalidating the order made in this case. MacMillan Bloedel sued and named as defendants five persons identified at the first blockades. MacMillan Bloedel was entitled to claim against them such relief as the law allows. Although it contented itself with obtaining interim injunctions, MacMillan Bloedel could have proceeded to trial to obtain permanent injunctions and damages against them. The fact that it chose not to pursue the fullest remedy available is not a basis for denying it any other relief allowed by law. The interlocutory injunctions obtained against the named defendants for blocking the logging roads also bound members of the public at large. There is nothing new in this. Canadian courts have for decades followed the practice of issuing orders directed at prohibiting interference with private property rights, which orders affect not only the named parties but also the general public.

For the purposes of this case, it is unnecessary to go further. I note, however, that where a final injunction is in issue, some cases suggest that caution should be exercised in including non-parties in the terms of the order: *Sandwich West (Township) v. Bubu Estates Ltd.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 477 (Ont. C.A.); see also *Marengo, supra*. Subject to this caveat and other considerations bearing on the special circumstances of the case, the proposi-

sous peine de condamnation pour outrage au tribunal, il semble opportun de les mettre au courant de ce fait.

Il reste à étudier un dernier argument que les appelantes ont fait valoir. Tant les arguments des deux appelantes que les motifs de dissidence du juge Wood reposent sur l'idée qu'il ne convient pas de recourir aux poursuites privées dans le seul but d'obtenir une injonction visant à restreindre l'action du public. D'où l'accent mis sur le fait que l'action principale intentée par MacMillan Bloedel contre les défendeurs nommément désignés n'a jamais atteint l'étape de l'instruction. Après avoir examiné ce point très sérieusement, je conclus qu'il ne justifie pas l'invalidation de l'ordonnance rendue en l'espèce. MacMillan Bloedel a intenté une action et désigné défendeurs cinq personnes ayant participé aux premiers barrages et dont l'identité a pu être établie. MacMillan Bloedel avait le droit de les traduire en justice pour réclamer la réparation prévue par la loi. Quoiqu'elle se soit contentée d'injonctions provisoires, elle aurait pu faire porter l'action au rôle afin d'obtenir des injonctions permanentes et des dommages-intérêts. Le fait qu'elle a choisi de ne pas demander la réparation la plus complète à laquelle elle avait droit n'autorise pas les tribunaux à la priver de toute autre réparation prévue par la loi. Les injonctions interlocutoires obtenues contre les défendeurs nommément désignés qui barraient les chemins d'exploitation étaient aussi opposables au grand public. Il n'y a là rien de nouveau. Les tribunaux canadiens ont depuis des décennies l'habitude de décerner des ordonnances visant à interdire toute atteinte à des droits de propriété privés, lesquelles s'appliquent non seulement aux parties nommément désignées, mais aussi au grand public.

Pour les besoins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. Je ferai remarquer toutefois que, lorsqu'il s'agit d'une injonction définitive, certains précédents établissent que la circonspection s'impose si le tribunal veut étendre à des tiers l'application de l'ordonnance: *Sandwich West (Township) c. Bubu Estates Ltd.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 477 (C.A. Ont.); voir aussi *Marengo, précité*. Sous réserve de cette mise en garde et d'autres

tion that the courts possess inherent jurisdiction to issue injunctions to restrain large-scale public action violative of private rights enjoys wide recognition. See the following: *Ontario Hydro v. Johnson* (1985), 1 C.P.C. (2d) 234 (Ont. H.C.); *Morgentaler v. Wiche*, [1989] O.J. No. 2582 (H.C.); *Ontario (Attorney General) v. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229 (Gen. Div.), at pp. 333-36; *Griffin Steel Foundries Ltd. v. Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers* (1977), 80 D.L.R. (3d) 634 (Man. C.A.), at p. 644; *Montres Rolex S.A. v. Balshin*, [1990] 3 F.C. 353 (T.D.), at pp. 365-67, aff'd with a variation of the order, [1993] 1 F.C. 236; *United States v. Hall*, 472 F.2d 261 (5th Cir. 1972), at pp. 265-66; *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*, 114 S.Ct. 2516 (1994); *New York State National Organization for Women v. Terry*, 961 F.2d 390 (2d Cir. 1992), at pp. 397-98; *Dayton Women's Health Center v. Enix*, 589 N.E.2d 121 (Ohio Ct. App. 1991), at pp. 125-26; *Roe v. Operation Rescue*, 919 F.2d 857 (3d Cir. 1990), at p. 871; see also *Cornell University v. Livingston*, 332 N.Y.S.2d 843 (Sup. Ct. 1972), at p. 848.

considérations relatives aux faits particuliers de l'espèce, l'assertion que les tribunaux possèdent la compétence inhérente pour décerner des injonctions tendant à restreindre toute action d'envergure du public qui viole des droits privés est généralement acceptée. Voir les décisions suivantes: *Ontario Hydro c. Johnson* (1985), 1 C.P.C. (2d) 234 (H.C. Ont.); *Morgentaler c. Wiche*, [1989] O.J. No. 2582 (H.C.); *Ontario (Attorney General) c. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229 (Div. gén.), aux pp. 333 à 336; *Griffin Steel Foundries Ltd. c. Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers* (1977), 80 D.L.R. (3d) 634 (C.A. Man.), à la p. 644; *Montres Rolex S.A. c. Balshin*, [1990] 3 C.F. 353 (1^{re} inst.), aux pp. 365 à 367, conf. avec modification de l'ordonnance, [1993] 1 C.F. 236; *United States c. Hall*, 472 F.2d 261 (5th Cir. 1972), aux pp. 265 et 266; *Madsen c. Women's Health Center, Inc.*, 114 S.Ct. 2516 (1994); *New York State National Organization for Women c. Terry*, 961 F.2d 390 (2d Cir. 1992), aux pp. 397 et 398; *Dayton Women's Health Center c. Enix*, 589 N.E.2d 121 (Ohio Ct. App. 1991), aux pp. 125 et 126; *Roe c. Operation Rescue*, 919 F.2d 857 (3d Cir. 1990), à la p. 871; voir aussi *Cornell University c. Livingston*, 332 N.Y.S.2d 843 (Sup. Ct. 1972), à la p. 848.

34

Having considered the authorities, I turn to the practical consequences of ruling that courts cannot issue injunctions which non-parties are required to respect. Wood J.A., having concluded that the courts have no such authority, was required to face this problem. He wrote (at p. 248):

Can the courts stand by and watch helplessly when the private rights of the individual are overrun by the mob? Should we turn our backs on the person who looks to us for help in such circumstances over an issue so apparently technical as jurisdiction? If there were no alternative solution to that individual's dilemma, I would be quick to answer "no" to both questions. The progress of the law is an ever-evolving journey which must respond to new challenges lying within its path. Much of the jurisdiction which the Supreme Court exercises today was born out of just such necessitous circumstances.

Après cet examen de la jurisprudence, je m'arrêterai aux conséquences pratiques qu'entraîne toute conclusion selon laquelle les tribunaux ne peuvent pas décerner d'injonctions opposables à des tiers. Ayant conclu que les tribunaux n'ont pas ce pouvoir, le juge Wood a dû se pencher sur ce problème. Il écrit (à la p. 248):

[TRADUCTION] Les tribunaux peuvent-ils rester là sans intervenir pendant que les droits privés de l'individu sont violés par la masse? Devons-nous tourner le dos à la personne qui sollicite notre aide dans une telle situation pour une question — celle de la compétence — qui est de façon aussi manifeste une question de procédure? S'il n'existait pas d'autre solution au problème de cette personne, je serais prompt à répondre par la négative à ces deux questions. Le droit est en constante évolution, sans cesse forcé d'apporter des réponses à des questions nouvelles. Pour une large part, la compétence qu'exerce la Cour suprême aujourd'hui trouve sa source dans de tels besoins impératifs.

However, in my view there is an alternative solution. It lies in the proper discharge of the obligations which attach to the office of the Attorney General.

Wood J.A. went on to state that it is “the responsibility of the Attorney General as the chief law enforcement officer . . . to see to it that the criminal law is enforced” (p. 249).

Every citizen would endorse these words. Yet, as this case demonstrates, to state the obligation of the Attorney General is not to ensure that it will be discharged in such a way as to provide the required protection to citizens injured by the conduct of others. It is to fill this gap that the equitable remedy of injunctions — injunctions which not only the parties but also all others must respect on peril of being found in contempt of court — has developed.

What then of the other side? What are the dangers of empowering the courts to make orders to protect private interests which all must obey on pain of contempt? It is fundamental that no state founded on the rule of law can permit members of the public to be detained and punished for violating an order of which they are ignorant. If members of the public are to be charged with obstruction of justice for having disobeyed an injunction, they must first be apprised of the existence and terms of the order and be given an opportunity to comply. That is precisely what was done in enforcing the injunctions here. Before a protester was arrested, he or she was handed a copy of the order and its terms were read to him or her. The protester was then asked to quit the blockade. Most complied. Only those who refused were arrested. It is also desirable, as this Court suggested in *International Longshoremen, supra*, that the order’s terms speak of the duty of non-parties to respect it. This, too, was done here. Finally, it is necessary that the orders be carefully worded and constrained to ensure that they are fair and not unduly broad. This requirement, too, was met in the case at bar. Over the months, a number of justices reviewed and amended the terminology of the injunctions to make them clearer and fairer. For example, in July

Toutefois, je crois qu’une autre solution existe déjà. Elle est fournie par le procureur général s’il s’acquitte dûment des devoirs de sa charge.

Le juge Wood ajoute que c’est [TRADUCTION] «la charge du procureur général en tant que chef des services chargés de l’application de la loi [. . .] de veiller à ce que le droit criminel soit respecté» (p. 249).

Personne ne contredirait ces propos. Et pourtant, comme la présente affaire le démontre, énoncer la responsabilité du procureur général ce n’est pas garantir qu’il s’en acquittera de façon à assurer la protection dont ont besoin les citoyens lésés par la conduite d’autrui. C’est pour combler cette lacune qu’a été conçue la réparation en *equity* que constitue l’injonction — que doivent respecter non seulement les parties mais aussi toute autre personne sous peine de condamnation pour outrage au tribunal.

Qu’en est-il du revers de la médaille? Quels dangers y a-t-il à investir les tribunaux du pouvoir de rendre, pour protéger des intérêts privés, des ordonnances que tous sont tenus des respecter sous peine de condamnation pour outrage? C’est un principe fondamental de tout État de droit que les citoyens ne peuvent être détenus et châtiés pour avoir violé une ordonnance qu’ils ne connaissaient pas. Pour que des membres du public puissent être accusés d’entrave à la justice en cas de désobéissance à une injonction, ils doivent d’abord avoir été informés de l’existence et du contenu de l’ordonnance et avoir eu la possibilité de s’y conformer. C’est là précisément ce qui a été fait en l’espèce quand on a voulu faire respecter les injonctions. Avant qu’un manifestant ne soit arrêté, une copie de l’ordonnance lui était remise et son contenu lui était lu. Le manifestant était ensuite prié de quitter le barrage. La plupart ont obéi. Seuls ceux qui ont refusé ont été arrêtés. Il est également souhaitable, comme notre Cour l’a indiqué dans *Association internationale des débardeurs*, précité, que les termes de l’injonction fassent mention du devoir des tiers de la respecter. Cela a aussi été fait dans le présent cas. Enfin, il est nécessaire que les ordonnances soient rédigées soigneusement et limitativement de sorte qu’elles soient équitables

35

36

1993, Esson C.J.S.C. removed language enjoining “creating a nuisance” — legal language which some members of the public might not have understood — and replaced it by more precise language specifying that what was prohibited was “physical” obstruction. Words could be used, signs could be paraded; what could not be done was to physically block the road.

(3) Summary on Jurisdiction

37 I conclude that the British Columbia Supreme Court had jurisdiction to make orders binding on persons who are not parties to the action.

B) *Suing Unnamed Persons*

38 The second issue is whether the use of terminology such as “John Doe”, “Jane Doe” and “Persons Unknown” in the style of cause invalidates the order. The appellants argue that these terms represent an attempt to sue the general public, and that such terms are not justified under the British Columbia Rules of Practice and the principles developed under the Rules.

39 The practice of using terms like “John Doe” is directed at permitting a plaintiff to sue a person whose name the plaintiff does not know: *Jackson v. Bubela and Doe*, [1972] 5 W.W.R. 80 (B.C.C.A.). Under the British Columbia Rules, the procedure for objecting to such an appellation is to apply to have the terms struck out. Alternatively, an application by the plaintiff to have the defendant’s name substituted for “John Doe” for the purpose of obtaining relief against him may be dismissed if the use of the “John Doe” designation is found to have been inappropriate. We have been referred to no authority suggesting that an order made under a valid action is invalid because the

et non indûment générales. Cette exigence a aussi été remplie en l’espèce. Au fil des mois, plusieurs juges ont étudié et modifié le texte des injonctions pour les rendre plus claires et plus équitables. Par exemple, en juillet 1993, le juge en chef Esson a supprimé les termes portant interdiction de [TRADUCTION] «créer une nuisance» — terme de droit que certains membres du public auraient pu ne pas comprendre — et y a substitué des termes plus précis faisant défense d’obstruer [TRADUCTION] «matériellement» la voie publique. Il était permis de se faire entendre, de défiler en portant des pancartes; ce qui était interdit était de barrer matériellement la route.

(3) Résumé concernant la compétence

Je conclus que la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait compétence pour rendre des ordonnances opposables à des personnes qui n’étaient pas parties à l’action.

B) *Poursuites contre des personnes non désignées nommément*

La seconde question est de savoir si l’emploi de termes comme «John Doe», «Jane Doe» et «autres personnes inconnues» dans l’intitulé de la cause invalide l’ordonnance. Les appelantes soutiennent que ces termes représentent une tentative de poursuivre le grand public et que de tels termes ne sont pas justifiés sous le régime des règles de pratique de la Colombie-Britannique et des principes qui en découlent.

Habituellement, des termes comme «John Doe» sont utilisés pour poursuivre une personne dont l’identité n’est pas connue: *Jackson c. Bubela and Doe*, [1972] 5 W.W.R. 80 (C.A.C.-B.). Sous le régime des règles de la Colombie-Britannique, pour s’opposer à cette désignation, il faut demander sa radiation. Par ailleurs, la demande du demandeur visant à faire remplacer les termes «John Doe» par le nom du défendeur afin d’obtenir une réparation contre ce dernier peut être rejetée si le tribunal estime que cette désignation a été utilisée incorrectement. Aucun précédent ne nous a été cité qui donne à penser qu’une ordonnance rendue par suite d’une action intentée valablement était

style of cause of the action included a reference to "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown".

In fact, the use of "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" in the present action appears to be surplusage. As discussed above, a person who is not a party to an action is bound to respect an order made in the action, on pain of being found in contempt of court. This was the procedure used to enforce the order here at issue. None of the protesters was charged or sued as a party to the action. So the question whether relief may be obtained against them in the action on the basis of having sued them as "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" never arose. Accordingly, it is unnecessary for this Court to decide whether, as a matter of pleading, the use of these terms in the style of cause could validly engage members of the public served with the writ.

C) *Provisions Authorizing Arrest and Detention*

The appellant Valerie Langer has questioned the appropriateness of including a provision authorizing the police to arrest and detain persons breaching the injunction. She argues that no authorization or direction from the court is necessary to enable the police to act. The respondent accepts that the authorization is superfluous, and states that it is included only because the police have requested such wording. No objection to this term was made before Hall J. and it is not suggested that it vitiates the order. In these circumstances, this Court need not consider it further. I observe only that the inclusion of police authorization appears to follow the Canadian practice of ensuring that orders which may affect members of the public clearly spell out the consequences of non-compliance. Members of the public need not take the word of the police that the arrest and detention of violators is authorized because this is clearly set out in the order signed by the judge. Viewed thus, the inclusion does no harm and may make the order fairer.

invalide parce que l'intitulé de la cause incluait la mention «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues».

En fait, l'emploi de ces termes dans la présente action semble redondant. Je le répète, une personne qui n'est pas partie à l'action est tenue de respecter une ordonnance rendue dans l'action, sous peine de condamnation pour outrage au tribunal. C'est la procédure qui a été utilisée pour faire respecter l'ordonnance en cause. Aucun des manifestants n'a été accusé ni poursuivi en qualité de partie à l'action, de sorte que la question de savoir si la réparation peut être obtenue contre ces derniers dans l'action parce qu'ils ont été poursuivis sous la désignation «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues» ne s'est jamais posée. En conséquence, il n'est pas nécessaire que notre Cour décide si, sur le plan des règles régissant les actes de procédure, ces termes rendent la décision opposable aux membres du public auxquels le bref a été signifié.

C) *Les dispositions autorisant l'arrestation et la détention*

L'appelante Valerie Langer a contesté l'opportunité d'inclure une disposition autorisant la police à arrêter et détenir les personnes violant l'injonction. Elle soutient que la police n'a besoin d'aucune autorisation ou instruction de la cour pour agir. L'intimée admet que l'autorisation est superflue et dit qu'elle a été incluse à la demande de la police. L'emploi de cette disposition n'a suscité aucune objection devant le juge Hall et il n'a pas été allégué qu'elle vicie l'ordonnance. Vu les circonstances, notre Cour n'a pas à s'y attarder. Je ferai seulement remarquer que l'inclusion de l'autorisation donnée à la police semble conforme à la pratique canadienne car on a coutume de veiller à ce que les ordonnances qui risquent de toucher des membres du public énoncent clairement les conséquences de la désobéissance. Les membres du public n'ont pas à croire les policiers sur parole quand ils affirment être autorisés à arrêter et détenir les contrevenants parce que cela est clairement précisé dans l'ordonnance signée par le juge. Sous cet angle, l'inclusion ne porte préjudice à personne et peut rendre l'ordonnance plus équitable.

40

41

V. Conclusion

42

I conclude that the British Columbia Supreme Court has jurisdiction to make orders enjoining unknown persons from violating court orders. Such orders are enforceable on the long-standing principle that persons who are not parties to the action, but who violate an order of the court, may be found guilty of contempt for interfering with justice. Provided that contempt is the only remedy sought, it is not necessary to join all unknown persons in the action under the designation, "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown". Nor, strictly speaking, is it essential that the order refer to unknown persons at all. However, the long-standing Canadian practice of doing so is commendable because it brings to the attention of such persons the fact that the order may constrain their conduct. Similarly to be commended is the practice followed by the courts in this case of ensuring that the wording of the orders is clear and that their effect is properly circumscribed.

43

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant Greenpeace Canada: Gregory J. McDade, Vancouver.

Solicitor for the appellant Valerie Langer: A. Cameron Ward, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

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

V. Conclusion

Je conclus que la Cour suprême de la Colombie-Britannique est compétente pour rendre des ordonnances portant que des personnes inconnues doivent s'abstenir de violer les ordonnances judiciaires. Ces ordonnances sont exécutoires suivant le principe bien établi que les personnes qui ne sont pas parties à l'action, mais qui violent une ordonnance du tribunal, peuvent être déclarées coupables d'outrage pour entrave à la justice. À la condition que la condamnation pour outrage soit la seule réparation demandée, il n'est pas nécessaire de joindre comme parties à l'action toutes les personnes inconnues sous la dénomination «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues». À strictement parler, il n'est pas essentiel non plus que l'ordonnance fasse de quelque façon mention de personnes inconnues. Toutefois, il est recommandable de suivre cette pratique établie de longue date au Canada parce qu'on attire ainsi l'attention de ces personnes sur le fait que l'ordonnance peut restreindre leur liberté d'action. De même, il est recommandable de veiller, comme les tribunaux l'ont fait en l'espèce, à ce que le libellé des ordonnances soit clair et que leur effet soit bien circonscrit.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante Greenpeace Canada: Gregory J. McDade, Vancouver.

Procureur de l'appelante Valerie Langer: A. Cameron Ward, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Victoria.

**Felice D'Amato and Arbor Body Shop
(1980) Ltd. Appellants**

v.

**Donald Herbert Badger and Russell
Frazee Respondents**

INDEXED AS: D'AMATO v. BADGER

File No.: 24364.

1996: April 25; 1996: August 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Economic loss — Loss of earning capacity — Individual plaintiff injured in automobile accident — Damages awarded to individual plaintiff for loss of earning capacity and to corporate plaintiff for pure economic loss suffered — Whether corporate plaintiff entitled to damages for pure economic loss in circumstances of case — Whether Court of Appeal correct in reducing trial judge's award for loss of earning capacity.

The appellant D owned 50 percent of the appellant company. He was injured by an automobile owned by one of the respondents and operated negligently by the other. Liability was admitted. Until the accident occurred, D supervised and performed repairs. As a result of the injuries he suffered in the accident he could no longer perform the physical labour required for autobody repair, but continued to manage, supervise and prepare estimates. After the accident, D continued to receive the same salary from the company of \$55,000 per year. Because D was unable to perform repair work, the company hired replacement labour, and as a result suffered a loss of profits. The trial judge awarded \$73,299 to the company for economic loss suffered as a result of the accident and awarded \$290,000 to D for loss of earning capacity. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal in part, disallowing the company's award for economic loss. D personally was

**Felice D'Amato et Arbor Body Shop
(1980) Ltd. Appellants**

c.

**Donald Herbert Badger et Russell
Frazee Intimés**

RÉPERTORIÉ: D'AMATO c. BADGER

N° du greffe: 24364.

1996: 25 avril; 1996: 22 août.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Perte de la capacité de gagner un revenu — Personne physique demanderesse blessée dans un accident d'automobile — Dommages-intérêts accordés à la personne physique demanderesse pour perte de la capacité de gagner un revenu et à la personne morale demanderesse pour la perte purement économique subie — Les faits en cause permettaient-ils à la personne morale demanderesse de recevoir des dommages-intérêts pour sa perte purement économique? — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de réduire le montant que le juge de première instance a accordé en indemnisation de la perte de la capacité de gagner un revenu?

L'appelant D possédait 50 pour 100 des actions de la société appelante. Il a été blessé par une automobile appartenant à l'un des intimés et conduite de façon négligente par l'autre. Les intimés ont reconnu leur responsabilité. Jusqu'au moment de l'accident, D surveillait et effectuait des travaux de débosselage. Par suite des blessures subies lors de l'accident, il ne peut plus désormais accomplir le travail physique nécessaire pour effectuer les travaux de débosselage, mais il a continué à s'occuper de la gestion, de la surveillance et des estimations. Après l'accident, D a continué à recevoir le même salaire annuel de 55 000 \$ de la société. Étant donné que D était incapable d'effectuer les travaux de débosselage, la société a dû embaucher de la main-d'œuvre pour le remplacer et elle a subi en conséquence une perte de profits. Le juge de première instance a accordé 73 299 \$ à la société pour la perte économique subie en raison de l'accident et 290 000 \$ à D pour la perte de sa capacité

allowed to recover 50 percent of that loss under the *alter ego* principle. The award for loss of earning capacity was reduced to \$50,000. This appeal is to determine whether the company is entitled to damages for pure economic loss in the circumstances of this case and whether the Court of Appeal was correct to reduce the trial judge's award to D for loss of earning capacity.

Held: The appeal should be allowed in part.

This Court's decision in *Norsk* reflects the current state of the law in Canada regarding pure economic loss. While the tests of La Forest and McLachlin JJ. in *Norsk* are different, they will usually achieve the same result, because in the identified categories outlined by La Forest J. permitting pure economic recovery, McLachlin J.'s tests of proximity and foreseeability will usually also be met. The company cannot succeed in its claim for pure economic loss under the La Forest J. approach. This is a case of contractual relational economic loss, since the company's loss arises solely because of the contractual relationship between the company and its employee/shareholder D, and there do not appear to be any good policy reasons to depart from the exclusionary rule, if such a rule is to be adopted. Even using the somewhat broader McLachlin J. approach, the company cannot succeed, since there is insufficient proximity between the negligent act and the damage to ground liability. The loss was neither foreseeable nor sufficiently proximate to the act of negligence to warrant recovery. Finally, even if one can say that defendants in the position of the respondents should have reasonably contemplated persons in the position of the company, the second stage of the *Anns* test, dealing with policy reasons to limit recovery, would deny recovery to the company. If a company is allowed to recover pure economic loss arising from the loss of a key shareholder and employee, the problem of indeterminacy arises. Since the respondents did not cross-appeal

de gagner un revenu. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel des intimés, refusant d'indemniser la société pour sa perte économique. Elle a statué que D pouvait recouvrer personnellement 50 pour 100 de cette perte par application du principe de l'*alter ego*. Le montant accordé pour la perte de capacité de gagner un revenu a été réduit à 50 000 \$. Le présent pourvoi vise à déterminer si les faits en cause permettent à la société de recevoir des dommages-intérêts pour sa perte purement économique et si la Cour d'appel a eu raison de réduire le montant que le juge de première instance a accordé à D en indemnisation de la perte de sa capacité de gagner un revenu.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

L'arrêt *Norsk* de la Cour présente l'état actuel du droit au Canada en ce qui concerne la perte purement économique. Bien que les critères utilisés par les juges La Forest et McLachlin dans *Norsk* soient différents, ils produiront habituellement le même résultat, parce que les catégories énumérées par le juge La Forest comme pouvant donner lieu à indemnisation d'une perte purement économique satisferont normalement aussi aux critères du lien étroit et de la prévisibilité établis par le juge McLachlin. La société ne peut pas être indemnisée de sa perte purement économique si l'on applique la démarche du juge La Forest. Il s'agit d'un cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, étant donné que la société a subi une perte uniquement en raison de son lien contractuel avec son employé et actionnaire D, et il ne semble pas y avoir de bonnes raisons de principe de déroger à la règle d'exclusion, si une telle règle était adoptée. Même si l'on utilisait la démarche un peu plus souple proposée par le juge McLachlin, la société n'aurait pas gain de cause en raison du fait que le lien entre l'acte négligent et les dommages n'est pas suffisamment étroit pour fonder une déclaration de responsabilité. La perte n'était pas prévisible et n'avait pas de lien suffisamment étroit avec l'acte négligent pour justifier une indemnisation. Enfin, même si on pouvait affirmer que des défendeurs dans la situation des intimés auraient raisonnablement dû prévoir que des personnes pouvaient se trouver dans la situation de la société, la deuxième étape du critère énoncé dans *Anns*, qui traite des considérations de principe justifiant qu'on limite l'indemnisation, ferait obstacle à l'indemnisation de la société. Le fait de permettre l'indemnisation d'une société par actions pour une perte purement économique découlant de la perte d'un employé et actionnaire clé fait resurgir le problème de l'indétermination. Étant donné que les intimés n'ont pas formé de pourvoi incident contre les dommages-intérêts accordés à D en

on the damages awarded to D under the *alter ego* principle, the award should stand.

The trial judge's calculation of loss of earning capacity should not be disturbed unless patently unreasonable or based on incorrect legal principles. It is obvious that the trial judge did not ignore D's involvement with the company when calculating loss of earning capacity. He was entitled to find, as he did, that D would have difficulty finding work as a repairman because of his injuries and as an owner because of his lack of English skills and education. This finding of fact justified the trial judge's conclusion. In suggesting its own "more realistic" approach to the assessment of future earning capacity, the Court of Appeal merely disagreed with the trial judge's decision. Since it failed to identify any palpable and overriding error such as to permit its interference, the trial judge's award for loss of future earning capacity should be restored.

Cases Cited

Considered: *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; **referred to:** *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Ross v. Caunters*, [1979] 3 All E.R. 580; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229.

Authors Cited

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.
Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.

application du principe de l'*alter ego*, ces dommages-intérêts demeurent donc tels quels.

Le calcul du juge de première instance en ce qui concerne l'indemnisation pour perte de la capacité de gagner un revenu ne doit pas être modifié à moins qu'il ne soit manifestement déraisonnable ou fondé sur des principes juridiques erronés. Il est évident que le juge de première instance n'a pas fait abstraction de la participation de D aux activités de la société lorsqu'il a calculé la perte de sa capacité de gagner un revenu. Le juge de première instance pouvait conclure, comme il l'a fait, que D aurait du mal à se trouver un emploi de débosseleur en raison de ses blessures et qu'il ne lui serait pas facile de redevenir propriétaire compte tenu de ses lacunes en anglais et de son manque d'instruction. Cette conclusion de fait justifiait la décision du juge de première instance. En proposant sa propre solution «plus réaliste» pour apprécier la perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir, la Cour d'appel a simplement exprimé son désaccord avec le juge de première instance. Comme la Cour d'appel n'a pu faire état d'une erreur manifeste et dominante qui lui aurait permis d'intervenir, la décision du juge de première instance concernant les dommages-intérêts pour perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir est rétablie.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; **arrêts mentionnés:** *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Weller & Co. c. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Ross c. Caunters*, [1979] 3 All E.R. 580; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229.

Doctrine citée

Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.
Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 95 B.C.L.R. (2d) 46, [1994] 10 W.W.R. 141, 48 B.C.A.C. 220, 78 W.A.C. 220, varying a judgment of the British Columbia Supreme Court awarding damages to the appellants. Appeal allowed in part.

James L. Barrett, for the appellants.

D. A. Webster, Q.C., and *Donald J. Holubitsky*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 95 B.C.L.R. (2d) 46, [1994] 10 W.W.R. 141, 48 B.C.A.C. 220, 78 W.A.C. 220, qui a modifié un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui avait accordé des dommages-intérêts aux appelants. Pourvoi accueilli en partie.

James L. Barrett, pour les appelants.

D. A. Webster, c.r., et *Donald J. Holubitsky*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le 25 août 1987, l'appelant Felice D'Amato a été blessé par une automobile appartenant à M. Badger et conduite de façon négligente par M. Frazee, tous deux intimés. Ceux-ci ont reconnu leur responsabilité.

Le pourvoi concerne deux montants accordés par le juge de première instance: une somme de 73 299 \$ à la société appelante Arbor Body Shop (1980) Ltd. pour la perte purement économique qu'elle a subie en raison de l'accident et une somme de 290 000 \$ à M. D'Amato pour la perte de sa capacité de gagner un revenu.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli en partie l'appel de MM. Badger et Frazee, refusant d'indemniser Arbor pour sa perte économique: (1994), 95 B.C.L.R. (2d) 46, [1994] 10 W.W.R. 141, 48 B.C.A.C. 220, 78 W.A.C. 220. La cour a statué que M. D'Amato pouvait recouvrer personnellement 50 pour 100 de cette perte par application du principe de l'alter ego. Le montant accordé pour la perte de capacité de gagner un revenu a été réduit à 50 000 \$. Les appelants demandent à la Cour de rétablir le jugement de première instance.

1 MAJOR J. — On August 25, 1987, the appellant Felice D'Amato was injured by an automobile owned by the respondent Badger and operated negligently by the respondent Frazee. Liability was admitted.

2 This appeal relates to two awards made by the trial judge: an award of \$73,299 to the corporate appellant Arbor Body Shop (1980) Ltd. for pure economic loss suffered as a result of the accident and an award of \$290,000 to D'Amato for loss of earning capacity.

3 The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal of Badger and Frazee in part, disallowing Arbor's award for economic loss: (1994), 95 B.C.L.R. (2d) 46, [1994] 10 W.W.R. 141, 48 B.C.A.C. 220, 78 W.A.C. 220. D'Amato personally was allowed to recover 50 percent of that loss under the *alter ego* principle. The award for loss of earning capacity was reduced to \$50,000. The appellants seek to restore the trial judge's decision.

I. Facts

4 The appellant D'Amato and his partner, Sam Nomura, each owned 50 percent of Arbor, an autobody repair shop in Vancouver, British Columbia. Until the accident occurred, D'Amato super-

I. Les faits

L'appelant D'Amato et son associé, Sam Nomura, sont propriétaires à parts égales de la société Arbor, un atelier de débosselage de Vancouver, en Colombie-Britannique. Jusqu'au

vised and performed repairs and Nomura supervised and did the painting. In the accident, D'Amato suffered injuries and, as a result, could no longer perform the physical labour required for autobody repair. He continued to manage, supervise and prepare estimates. These activities were described by the trial judge as a "minor contribution".

After the accident, D'Amato continued to receive the same salary from Arbor of \$55,000 per year. Arbor paid D'Amato a total of \$251,108 from the date of the accident to the time of trial. Because D'Amato was unable to perform repair work, Arbor engaged replacement labour, and as a result suffered loss of profits of \$73,299.

II. Judgments

A. *British Columbia Supreme Court*

The trial judge held that Arbor's claim for economic loss was not advanced *per quod servitium amisit*, which was prohibited by statute in British Columbia. He found that recovery for corporate plaintiffs was not restricted to where the company is merely the *alter ego* of the individual plaintiff, the latter expression describing a person who, by ownership or otherwise, is seen as indispensable to the company.

The trial judge allowed Arbor's claim under the principles of *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, stating that in that case, "[t]he majority of the Court concluded that in order to recover in tort a plaintiff must prove a sufficient connection between the conduct complained of and the loss alleged. . . . The question is whether there is sufficient proximity between the negligent act and the loss". The trial judge found that because of the nature of the company's operations and the manner in which it earned income, there was sufficient

moment de l'accident, M. D'Amato surveillait et effectuait les travaux de débosselage, tandis que M. Nomura surveillait et effectuait les travaux de peinture. Lors de l'accident, M. D'Amato a subi des blessures qui l'empêchent désormais d'accomplir le travail physique nécessaire pour effectuer les travaux de débosselage. Il a continué à s'occuper de la gestion, de la surveillance et des estimations. Le juge de première instance a qualifié ces activités de «contribution mineure».

Après l'accident, M. D'Amato a continué à recevoir le même salaire annuel de 55 000 \$ de la société Arbor. Celle-ci lui a versé au total 251 108 \$ entre la date de l'accident et celle du procès. Étant donné que M. D'Amato était incapable d'effectuer les travaux de débosselage, Arbor a dû embaucher de la main-d'œuvre pour le remplacer et la société a subi en conséquence une perte de profits de 73 299 \$.

II. Les jugements

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge de première instance a statué qu'Arbor ne faisait pas valoir sa demande relativement à sa perte économique comme une action *per quod servitium amisit*, une loi de la Colombie-Britannique interdisant ce recours. Il a conclu qu'une personne morale demanderesse pouvait obtenir réparation même lorsqu'elle n'était pas simplement l'*alter ego* de la personne physique demanderesse, cette expression s'entendant d'une personne qui, parce qu'elle est propriétaire de la société ou autrement, est considérée comme indispensable à celle-ci.

Le juge de première instance a accueilli la demande d'Arbor en se fondant sur l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, dans lequel, selon ses termes, [TRADUCTION] «[l]a Cour à la majorité a conclu qu'un demandeur ne peut obtenir une indemnisation en matière délictuelle que s'il établit qu'il existe un lien suffisant entre la conduite reprochée et le préjudice allégué. [. . .] Il s'agit de déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie». Le juge de première instance a conclu qu'en raison

5

6

7

proximity to recover any proven loss. He awarded the sum of \$73,299, that being the loss to the company as calculated by their expert.

de la nature des activités de la société et de la façon dont elle gagnait un revenu, il existait un lien suffisamment étroit pour permettre l'indemnisation de toute perte établie en preuve. Il a accordé à la société des dommages-intérêts de 73 299 \$, soit le montant de la perte qu'elle avait subie d'après les calculs de son expert.

8 The trial judge made the following comments with regard to the loss of D'Amato's earning capacity:

Le juge de première instance a fait la remarque suivante concernant la perte de capacité de gagner un revenu de M. D'Amato:

When I consider the plaintiff's earning capacity, I cannot ignore the fact he is almost 57 years of age and is unable to read or write in English. Indeed, his ability to do so in Italian is also extremely limited. . . . His entire work experience has consisted of heavy physical work and he can no longer work in his trade where he was extremely proficient.

[TRADUCTION] Lorsque j'examine la capacité du demandeur de gagner un revenu, je ne peux faire abstraction du fait qu'il a presque 57 ans et qu'il ne sait ni lire ni écrire l'anglais. En fait, sa capacité de lire et d'écrire est extrêmement limitée même en italien. [. . .] Toute son expérience de travail a consisté à accomplir un travail physique exigeant et il ne peut plus exercer le métier dans lequel il était extrêmement compétent.

The job opportunities open to D'Amato before the accident were limited to work involving heavy physical labour. Those opportunities are no longer available to him. His inability to do heavy physical work makes him less valuable to himself as a person capable of earning income in a competitive labour market.

Les possibilités d'emploi de M. D'Amato avant l'accident se limitaient à un travail comportant de dures tâches physiques. Ces possibilités sont désormais exclues. En raison de son incapacité d'exécuter un travail physique exigeant, il se trouve déprécié quant à sa capacité de gagner sa vie dans un marché où règne la concurrence.

9 The trial judge concluded D'Amato could easily earn an income of \$55,000 per annum employed in his trade and, allowing for the present value, he fixed the loss of earning capacity at \$385,550. The trial judge considered that D'Amato still had a management and supervisory role in the company which earned income for the company, and therefore deducted 25 percent for contingencies, leaving a total award under this head of damages of \$290,000.

Le juge de première instance a conclu que M. D'Amato pouvait facilement gagner un revenu annuel de 55 000 \$ en exerçant son métier et, en tenant compte de la valeur actuelle, il a évalué la perte de sa capacité de gagner un revenu à 385 550 \$. Il a pris en compte le fait que M. D'Amato continuait de jouer un rôle dans la gestion et la surveillance de l'entreprise, ce qui générerait un revenu pour la société, et il a donc réduit ce montant de 25 pour 100 pour tenir compte des éventualités, accordant au total des dommages-intérêts de 290 000 \$ pour cette perte.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 95 B.C.L.R. (2d) 46

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1994), 95 B.C.L.R. (2d) 46

10 The British Columbia Court of Appeal, in varying the judgment, held that the trial judge, in purporting to apply the proximity test enunciated by

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a modifié cette décision, a statué que le juge de première instance avait voulu appliquer le critère

McLachlin J. in *Norsk*, had failed to also consider whether the loss was reasonably foreseeable.

In addition, the Court of Appeal held (at p. 57) that the trial judge had failed to take into account the fact that D'Amato had been paid \$55,000 per annum by Arbor despite his inability to perform heavy physical labour, and that a "more realistic basis" to assess loss of earning capacity would be to base it on a percentage of Arbor's loss, projected over the next seven years. In the result, Legg J.A. reduced D'Amato's award to \$50,000 for loss of earning capacity.

III. Analysis

There are two issues in this appeal. First, whether Arbor is entitled to damages for pure economic loss in the circumstances of this case. Second, whether the Court of Appeal was correct to reduce the trial judge's award to D'Amato for loss of earning capacity.

A. *Pure Economic Loss*

Pure economic loss is loss suffered by an individual that is not accompanied by physical injury or property damage. In the present case, the corporate appellant, Arbor, suffered neither property damage nor physical injury.

Judicial history discloses that recovery for pure economic loss was severely restricted. See *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, and *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569. More recently, the House of Lords in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, limited recovery for pure economic loss to cases where

du lien étroit énoncé par le juge McLachlin dans l'arrêt *Norsk*, mais qu'il n'avait pas examiné également la question de savoir si la perte subie était raisonnablement prévisible.

De plus, la Cour d'appel a statué (à la p. 57) que le juge de première instance n'avait pas tenu compte du fait que M. D'Amato avait reçu une rémunération annuelle de 55 000 \$ d'Arbor malgré son incapacité d'exécuter un travail physique exigeant, et qu'il aurait été «plus réaliste» d'évaluer la perte de sa capacité de gagner un revenu en fonction d'un pourcentage des pertes subies par Arbor, en faisant des projections pour les sept années à venir. En bout de ligne, le juge Legg a réduit à 50 000 \$ le montant accordé à M. D'Amato en indemnisation de la perte de sa capacité de gagner un revenu.

III. Analyse

Le pourvoi soulève deux questions. Premièrement, les faits en cause permettent-ils à Arbor de recevoir des dommages-intérêts pour sa perte purement économique? Deuxièmement, la Cour d'appel a-t-elle eu raison de réduire le montant que le juge de première instance a accordé à M. D'Amato en indemnisation de la perte de sa capacité de gagner un revenu.

A. *La perte purement économique*

Par perte purement économique, on entend la perte subie par une personne en l'absence de lésions corporelles et de dommages matériels. En l'espèce, la société appelante, Arbor, n'a subi ni lésions corporelles, ni dommages matériels.

Il ressort de la jurisprudence que des limites très sévères ont été posées à l'indemnisation d'une perte purement économique. Voir *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, et *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569. Plus récemment, dans *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, la Chambre des lords a limité l'indemnisation d'une perte purement économique aux cas dans lesquels il y a eu dommages matériels

11

12

13

14

physical damage or reliance on a negligent misstatement was present.

ou dans lesquels on s'est fié à une déclaration inexacte faite par négligence.

- 15 While the House of Lords has seriously limited, if not removed, recovery for pure economic loss, the Canadian jurisprudence has not followed such a severe path. The principle for recovery under this head of damage in Canada was stated in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), per Lord Wilberforce at pp. 751-52:

Bien que la Chambre des lords ait grandement limité, sinon exclu, l'indemnisation d'une perte purement économique, la jurisprudence canadienne n'a pas suivi une voie aussi rigide. Le principe régissant l'indemnisation de ce type de préjudice au Canada a été énoncé par lord Wilberforce dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752:

First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise

[TRADUCTION] En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne — auquel cas il existe, à première vue, une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation

- 16 Those principles continue to influence the law in Canada. See *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Norsk, supra*; and *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85.

Ces principes continuent d'exercer une influence sur le droit canadien. Voir *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Norsk, précité* et *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85.

- 17 Professor Linden, in *Canadian Tort Law* (5th ed. 1993), at pp. 382-83, lists four policy reasons for the reluctance to allow recovery for pure economic loss. First, economic interests have been seen as less worthy of protection than bodily security and property.

Le professeur Linden, dans *La responsabilité civile délictuelle* (4^e éd. 1988), aux pp. 457 à 459, énumère quatre raisons de principe pour lesquelles les tribunaux hésitent à indemniser une perte purement économique. Premièrement, on considère que les intérêts d'ordre financier ne méritent pas la même protection que l'intégrité physique ou que les biens.

- 18 The second, and perhaps main reason for limiting recovery is that expressed by Cardozo J., in *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), who feared "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class" (p. 444). A negligent act or omission can have a ripple effect, causing economic loss to a potentially wide circle of individuals. Widgery J.,

La deuxième et, probablement, la principale raison pour laquelle l'indemnisation est limitée, est celle qu'a mentionnée le juge en chef Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), lorsqu'il a exprimé sa crainte qu'on en arrive à [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée»

in *Weller, supra*, disallowed pure economic loss and opined that if auctioneers could recover for damage to farmers' cattle, so might butchers, transport workers, and dairy workers. This view reflects the reluctance of courts to burden business and other activity with the indeterminate expense of all potential economic losses.

Professor Linden's third reason was that it may be more efficient to place the burden of economic loss on the "victim". Such losses are often seen as an ordinary business risk which can be expected and for which business people make plans.

The fourth reason stated was that the restrictive approach discouraged a multiplicity of lawsuits, in favour of channelling claims into one action.

The law in Canada concerning pure economic loss was expanded in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189. There, one of the defendants designed and manufactured cranes. The plaintiff had bought one of the cranes from a second defendant and used it on its log barge. When another one of the defendant's cranes crashed, killing its operator, the plaintiff withdrew its crane from service and later discovered latent defects. The plaintiff suffered loss of profits because of "down-time" as well as repair costs. It was determined that the defendants knew about the defects and failed to warn the plaintiff.

A majority of this Court awarded the plaintiff damages for "down-time" but not for repairs. Ritchie J., for the majority, held that the loss of profit was a direct and foreseeable result of the

(p. 444). L'omission ou l'acte négligent peut avoir un effet d'enchaînement et causer une perte économique à un groupe éventuellement étendu de personnes. Dans l'arrêt *Weller*, précité, le juge Widgery a refusé l'indemnisation d'une perte purement économique et émis l'opinion que si les commissaires priseurs pouvaient être indemnisés des dommages causés au bétail des agriculteurs, il pourrait en être de même des bouchers, des préposés au transport et des travailleurs de l'industrie laitière. Ce point de vue illustre l'hésitation des tribunaux à associer aux activités, commerciales ou non, le fardeau d'une dépense indéterminée pour toutes les pertes économiques possibles.

La troisième raison mentionnée par le professeur Linden porte qu'il serait peut-être plus indiqué de faire assumer le fardeau d'une perte économique à la «victime». Ces pertes sont souvent considérées comme un risque commercial normal auquel on peut s'attendre et auquel les gens d'affaires se préparent.

Comme quatrième raison, il avance qu'une approche restrictive décourage la multiplication des poursuites et favorise le regroupement des demandes en une seule action.

Le droit canadien en matière de perte purement économique a évolué avec l'arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189. Dans cette affaire, l'une des défenderesses concevait et fabriquait des grues. La demanderesse avait acheté une grue d'une deuxième défenderesse et l'utilisait sur un chaland servant au transport du bois. Une autre grue de la défenderesse s'est effondrée, tuant son opérateur. La demanderesse a alors cessé d'utiliser la sienne et elle a découvert par la suite qu'elle comportait des vices cachés. La demanderesse a subi une perte de profits en raison de l'impossibilité d'utiliser la grue et du coût des réparations. La Cour a conclu que les défenderesses connaissaient les vices de la grue et n'en avaient pas averti la demanderesse.

Notre Cour à la majorité a accordé des dommages-intérêts à la demanderesse pour l'impossibilité d'utiliser la grue, tout en refusant de l'indemniser du coût des réparations. Le juge Ritchie a

19

20

21

22

breach of the duty to warn. Concurring on this point, Laskin J. (later C.J.) added that this type of recovery would not lead to the problem of indeterminacy identified by Cardozo J. because the plaintiff's use of the product was one contemplated by the defendant.

statué, au nom de la majorité, que la perte de profits était la conséquence directe et prévisible du manquement à l'obligation d'avertir la demanderesse. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef), qui a souscrit à l'opinion majoritaire sur ce point, a ajouté que ce type d'indemnisation ne soulèverait pas le problème de l'indétermination souligné par le juge Cardozo, parce que la demanderesse avait utilisé le produit à une fin prévue par la défendresse.

23 *Rivtow* widened the opportunity for plaintiffs to recover for pure economic loss. Two tests for recovery were developed. First, pure economic loss was recoverable where the defendant had significant knowledge of the risk. The majority seemed influenced by the fact that the defendant manufacturer knew of both the actual risk and the actual plaintiff. The "actual knowledge" test has been used in other jurisdictions. See *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.); and *Ross v. Caunters*, [1979] 3 All E.R. 580. The need for some form of actual knowledge obviously eliminates the indeterminacy problem identified above.

L'arrêt *Rivtow* a élargi la possibilité pour les demanderessees d'être indemnisées d'une perte purement économique. Deux critères applicables à l'indemnisation ont été formulés. Premièrement, la perte purement économique pouvait donner lieu à indemnisation si la défendresse connaissait bien le risque. La majorité semble avoir été influencée par le fait que le fabricant défendeur connaissait à la fois le risque réel et la demanderesse en cause. Le critère de la «connaissance réelle» a été appliqué dans d'autres ressorts. Voir *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.); et *Ross c. Caunters*, [1979] 3 All E.R. 580. Le fait qu'il doive y avoir une forme de connaissance réelle écarte, de toute évidence, le problème susmentionné de l'indétermination.

24 The second test emanating from *Rivtow* was the "direct and foreseeable" test. Both the majority and the dissent use similar language in requiring that pure economic loss be a direct and foreseeable consequence of the tortious act or omission. This test was not as limiting as the "actual knowledge" test.

Le second critère qui ressort de l'arrêt *Rivtow* est celui de la conséquence «directe et prévisible». Les opinions majoritaire et dissidente utilisent des termes semblables pour exiger que la perte purement économique soit la conséquence directe et prévisible de l'omission ou de l'acte délictueux. Ce critère n'est pas aussi limitatif que celui de la «connaissance réelle».

25 Post-*Rivtow*, the decisions in *Anns* and *Kamloops* confirmed that recovery of pure economic loss was available in circumstances where a public authority was negligent in allowing faulty construction of buildings.

Après l'affaire *Rivtow*, les décisions *Anns* et *Kamloops* ont confirmé que la perte purement économique pouvait donner lieu à indemnisation lorsqu'un organisme public a fait preuve de négligence en permettant la construction de bâtiments comportant des vices.

26 The *Norsk* case reflects the current state of the law regarding pure economic loss. *Norsk* involved damage to a railway bridge by a barge owned by the defendant. The plaintiff railway did not own

L'arrêt *Norsk* présente l'état actuel du droit en ce qui concerne la perte purement économique. Dans cette affaire, un chaland appartenant à la défendresse avait endommagé un pont ferroviaire.

the bridge, but used it pursuant to a contract with the owner, Public Works Canada. As a result of the damage, the bridge was closed and the plaintiff incurred significant losses. These losses were not covered by insurance, nor was there any provision for indemnification in the plaintiff's contract with Public Works Canada.

McLachlin J. (L'Heureux-Dubé and Cory JJ. concurring) allowed recovery of the plaintiff's pure economic loss. While accepting the idea that not all pure economic loss should be recoverable, she rejected the absolute bar approach of the House of Lords in *Murphy*, stating that this approach accepted injustice for the sake of doctrinal tidiness. McLachlin J. preferred an incremental approach, in which new categories of recoverable pure economic loss are developed on a case-by-case basis.

Recognizing the dangers of unlimited liability for pure economic loss, McLachlin J. held that the factor of proximity would sufficiently limit recovery of pure economic loss to avoid indeterminacy. Her views are summarized in the following passage, from pp. 1152-53:

In summary, it is my view that the authorities suggest that pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Proximity is the controlling concept which avoids the spectre of unlimited liability. Proximity may be established by a variety of factors, depending on the nature of the case. To date, sufficient proximity has been found in the case of negligent misstatements where there is an undertaking and correlative reliance (*Hedley Byrne*); where there is a duty to warn (*Rivtow*); and where a statute imposes a responsibility on a municipality toward the owners and occupiers of land (*Kamloops*). But the categories are not closed. As more cases are decided, we can expect further definition on what factors give rise to liability for pure economic loss in particular categories of cases. In determining whether

La société des chemins de fer demanderesse n'était pas propriétaire du pont, mais l'utilisait en vertu d'un contrat conclu avec son propriétaire, Travaux publics Canada. Le pont endommagé a été fermé et la demanderesse a subi des pertes importantes. Ces pertes n'étaient pas assurées et le contrat conclu entre la demanderesse et Travaux publics Canada ne prévoyait pas d'indemnisation pour ce type de pertes.

Le juge McLachlin (avec l'appui des juges L'Heureux-Dubé et Cory) a accepté d'indemniser la demanderesse de sa perte purement économique. Tout en reconnaissant que toutes les pertes purement économiques ne devraient pas donner lieu à indemnisation, elle a rejeté l'exclusion absolue de pareille indemnisation retenue par la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy*. Elle a déclaré que cette exclusion acceptait l'injustice au nom du respect de la règle doctrinale. Le juge McLachlin a préféré adopter une démarche progressive qui établirait au cas par cas de nouvelles catégories où l'indemnisation de la perte économique est justifiable.

Reconnaissant les risques liés à une responsabilité illimitée relativement aux pertes purement économiques, le juge McLachlin a conclu que le facteur du lien étroit limiterait suffisamment l'indemnisation d'une perte purement économique pour éviter l'indétermination. Elle résume son point de vue dans le passage suivant, aux pp. 1152 et 1153:

En résumé, je suis d'avis que la jurisprudence laisse entendre que la perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Le lien étroit est la notion déterminante qui permet d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée. On peut établir l'existence d'un lien étroit au moyen de toute une gamme de facteurs, selon la nature de l'affaire. Jusqu'à maintenant, on a conclu à l'existence d'un lien suffisamment étroit dans le cas de renseignements inexacts fournis par négligence où il y a promesse et confiance corrélatives (*Hedley Byrne*), où il y a une obligation d'avertir (*Rivtow*) et où une loi impose à une municipalité une responsabilité envers les propriétaires et les occupants d'un bien-fonds (*Kamloops*). Mais ces catégories ne sont pas limitatives. Comme davantage

27

28

liability should be extended to a new situation, courts will have regard to the factors traditionally relevant to proximity such as the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection. And they will insist on sufficient special factors to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability. The result will be a principled, yet flexible, approach to tort liability for pure economic loss. It will allow recovery where recovery is justified, while excluding indeterminate and inappropriate liability, and it will permit the coherent development of the law in accordance with the approach initiated in England by *Hedley Byrne* and followed in Canada in *Rivtow, Kamloops* and *Hofstrand*. [Emphasis added.]

d'affaires sont jugées, nous pouvons nous attendre à une autre définition des facteurs qui engendrent la responsabilité pour perte purement économique dans des catégories particulières d'affaires. Pour déterminer s'il faudrait étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux tiendront compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Et ils insisteront sur des facteurs spéciaux suffisants pour éviter l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable. Il en résultera une façon fondée sur des principes et, en même temps, souple d'aborder la responsabilité délictuelle pour la perte purement économique. Cette façon de procéder permettra l'indemnisation lorsque celle-ci est justifiée, tout en excluant la responsabilité indéterminée et inopportune, et elle permettra également l'évolution cohérente du droit en conformité avec l'approche amorcée en Angleterre par l'arrêt *Hedley Byrne* et suivie au Canada dans les arrêts *Rivtow, Kamloops* et *Hofstrand*. [Je souligne.]

29 McLachlin J. noted that the problem with the exclusionary rule, to which England had returned, was that it saw physical closeness as the only indicator of proximity. She further noted that proximity, if found, would not guarantee liability. The second *Anns* test, whether policy reasons existed to limit recovery, might cause a court to reject recovery for pure economic loss for reasons not taken into account in the proximity analysis.

Le juge McLachlin a souligné que la règle d'exclusion, à laquelle l'Angleterre revenait, posait un problème du fait qu'elle considérait les signes physiques de proximité comme seuls signes de l'existence d'un lien étroit. Elle a en outre souligné que l'existence d'un tel lien, établie en preuve, n'entraînerait pas nécessairement la responsabilité. Le second volet du critère énoncé dans *Anns*, consistant à déterminer si des raisons de principe justifient que l'indemnisation soit limitée, pourrait amener les tribunaux à refuser d'accorder des dommages-intérêts pour une perte purement économique pour des motifs qui ne sont pas pris en compte dans l'évaluation du lien étroit.

30 La Forest J. (Sopinka and Iacobucci JJ. concurring) denied recovery of CN's pure economic loss. Citing Feldthusen, "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58, La Forest J. identified the following five categories of economic loss cases, each of which involved different policy considerations (at p. 1049):

Le juge La Forest (avec l'appui des juges Sopinka et Iacobucci) a refusé d'indemniser CN de sa perte purement économique. Il a cité l'ouvrage de Feldthusen, «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pp. 357 et 358, qui dégage les cinq catégories suivantes de cas de perte économique, chacune faisant intervenir des considérations de principe différentes (à la p. 1049):

[TRADUCTION]

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;

2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;
4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

La Forest J. stated that the facts of *Norsk* placed it in the fifth category, and restricted his judgment to determining the circumstances under which damages for pure economic loss in that category would be awarded.

Like McLachlin J., La Forest J. rejected the absolute exclusionary rule of *Murphy*. However, in its place he proposed a limited exclusionary rule to apply to contractual relational loss cases, unless good policy reasons exist for granting recovery.

La Forest J. noted that in relational economic loss, unlike the other categories, the defendant is already liable to another party, namely, the owner of the damaged property. To the extent that deterrence was sought to curtail reckless conduct, it already existed, and an award for pure economic loss was unnecessary for that purpose.

La Forest J. noted that excluding liability did not automatically mean that the plaintiff went uncompensated. The plaintiff arguably had a right of recovery against the property owner, who in turn had an action against the tortfeasor. Further, it was impossible to guarantee perfect compensation of all contractual relational economic loss, because torts create economic loss to a wide circle of individuals, all of whom cannot be realistically compensated. He concluded that relational loss cases typically involve accidents, which distinguished them from products liability cases like *Rivtow* and negligent misrepresentation cases like *Hedley Byrne*.

2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d'un service;
4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
5. La perte économique relationnelle.

Selon le juge La Forest, les faits dans *Norsk* plaçaient cette cause dans la cinquième catégorie, et il a donc limité son jugement à la question de savoir dans quelles circonstances des dommages-intérêts pouvaient être accordés pour une perte purement économique appartenant à cette catégorie.

Tout comme le juge McLachlin, le juge La Forest a rejeté la règle d'exclusion absolue énoncée dans *Murphy*. Il a toutefois proposé de la remplacer par une règle d'exclusion limitée applicable aux cas de perte relationnelle découlant d'un contrat, à moins que de bonnes raisons de principe ne justifient l'indemnisation.

Il a souligné que, dans le cas d'une perte économique relationnelle, contrairement aux autres catégories, la partie défenderesse est déjà responsable envers une autre partie, savoir le propriétaire du bien endommagé. Dans la mesure où on voulait dissuader les comportements insoucians, cet effet dissuasif existe déjà et il serait inutile d'accorder des dommages-intérêts pour une perte purement économique à cette fin.

Le juge La Forest a précisé que l'exclusion de la responsabilité ne priverait pas nécessairement la partie demanderesse de toute indemnisation. On pouvait soutenir que celle-ci avait le droit de se faire indemniser par le propriétaire du bien qui, à son tour, pouvait exercer un recours contre l'auteur du délit. En outre, il était impossible de garantir l'indemnisation parfaite de toute perte économique relationnelle, parce que les délits causent des pertes économiques à un grand nombre de personnes qui, de façon réaliste, ne peuvent pas toutes recevoir une indemnité. Il a conclu que les cas de perte relationnelle surviennent le plus souvent à la suite d'un accident, ce qui les distingue des cas de responsabilité du fabricant, comme l'affaire *Rivtow* et des cas de déclaration inexacte faite par négligence, comme l'affaire *Hedley Byrne*.

31

32

33

34

- 35 La Forest J. proceeded to examine the question from the perspective of allocation of loss. He preferred an approach which limited the possibility of recovery for relational economic loss to situations where the plaintiff could both address the problem of indeterminacy and show that no other means of protection was available.
- 36 La Forest J. held that a limited exclusionary rule was desirable because it allowed the terms of the relevant contract to dictate who should bear the risk of loss and placed incentives on all parties to minimize losses. It allowed one party to bear the cost of carrying insurance instead of both parties. Because the right of recovery would usually be evident on the face of the contract, less litigation would ensue. The rule eliminated the problem of having more than one plaintiff chasing the modest resources of an impecunious defendant.
- 37 Finally, and probably most important, La Forest J. saw the rule as lending certainty to the law. While his approach could exclude recovery by people who had undeniably suffered loss as a result of an accident, La Forest J. saw these unfortunate cases at the margin as the price paid for certainty.
- 38 Stevenson J. agreed with the result reached by McLachlin J., but rejected her approach, as well as the approach of La Forest J. Instead, he held that since the defendant had actual knowledge of the plaintiff, the problem of indeterminacy was not present and that recovery for pure economic loss should follow.
- 39 There were three theories regarding the issue of pure economic loss in *Norsk*, each of which was rejected by a majority of the judges. However, *Norsk* did confirm that there is no absolute bar to recovery of pure economic loss in Canada, and that the "known plaintiff" approach was rejected.
- Il a ensuite examiné la question sous l'angle de la répartition de la perte. Il a retenu une démarche qui limite la possibilité d'indemnisation d'une perte économique relationnelle aux cas où le demandeur non seulement peut répondre à la préoccupation relative à l'indétermination, mais aussi démontre qu'il ne disposait d'aucun autre moyen de protection.
- Il a conclu qu'une règle d'exclusion limitée était souhaitable parce qu'elle permettait que les stipulations du contrat pertinent déterminent qui devait assumer le risque de perte et incitait toutes les parties à réduire les pertes. Elle permettait qu'une seule partie, plutôt que les deux, assume le coût d'une assurance. Étant donné que le droit à l'indemnisation est habituellement apparent à la lecture même du contrat, les litiges seraient moins nombreux. Cette règle résoudrait le problème de demandeurs multiples s'attaquant aux modestes ressources d'un défendeur mal nanti.
- Enfin, comme conséquence probablement la plus importante, le juge La Forest estimait que cette règle favoriserait la certitude sur le plan juridique. Bien que sa démarche puisse exclure l'indemnisation de personnes qui ont indéniablement subi une perte à la suite d'un accident, il a considéré ces cas limites malheureux comme le prix à payer pour établir cette certitude.
- Le juge Stevenson est parvenu au même résultat que le juge McLachlin, mais il a rejeté son raisonnement, ainsi que celui du juge La Forest. Il a plutôt affirmé que, la défenderesse ayant une connaissance réelle de la demanderesse, le problème de l'indétermination ne se posait pas et que l'indemnisation de la perte purement économique devait être accordée.
- Dans *Norsk*, trois théories différentes ont été énoncées relativement à la perte purement économique, et chacune a été rejetée par une majorité des juges. Cet arrêt a toutefois confirmé qu'il n'existe pas, au Canada, d'interdiction absolue d'indemniser un demandeur de la perte purement économique qu'il a subie et que la théorie du «demandeur connu» a été rejetée.

While the tests of La Forest and McLachlin JJ. in *Norsk* are different, they will usually achieve the same result. This is because in the identified categories outlined by La Forest J. permitting pure economic recovery, McLachlin J.'s tests of proximity and foreseeability will usually also be met. For the reasons which follow, this case is not one in which the plaintiff would succeed on one test, but not on the other. A choice between the two will have to await the appropriate case.

The latest case from this Court assessing pure economic loss was *Winnipeg Condominium Corp.* That case dealt with whether a general contractor responsible for the construction of a building could be held liable for negligence to a subsequent purchaser of the building for the cost of repairing defects in the building caused by negligent construction. There was no privity of contract between the plaintiff and the contractor. La Forest J., writing for a unanimous Court, distinguished the "relational economic loss case" of *Norsk*, stating that *Winnipeg Condominium Corp.* fell into the fourth category — negligent supply of shoddy goods or services, and held the contractor liable.

La Forest J.'s judgment in the *Winnipeg Condominium Corp.* case obviously was not intended to alter his reasons in *Norsk*. However, at least one of the differences which existed between the approaches in *Norsk* has been resolved. It is apparent that this Court now recognizes distinct categories of pure economic loss. The circumstances under which loss may be allowed under the fifth category, "Relational Economic Loss", was left, presumably for a case where the issue arose.

Bien que les critères utilisés par les juges La Forest et McLachlin dans *Norsk* soient différents, ils produiront habituellement le même résultat. Il en est ainsi parce que les catégories énumérées par le juge La Forest comme pouvant donner lieu à indemnisation d'une perte purement économique, satisferont normalement aussi aux critères du lien étroit et de la prévisibilité établis par le juge McLachlin. Pour les motifs qui suivent, il ne s'agit pas ici d'une affaire où le demandeur aurait gain de cause ou serait débouté selon que l'on applique l'un ou l'autre de ces critères. Il faudra attendre une situation qui s'y prête pour trancher entre les deux.

Winnipeg Condominium Corp. est le plus récent arrêt dans lequel notre Cour s'est prononcée sur une perte purement économique. Cette affaire soulevait la question de savoir si un entrepreneur général responsable de la construction d'un immeuble pouvait être tenu responsable envers un acheteur subséquent des frais engagés pour réparer des vices imputables à sa négligence lors de la construction. Il n'y avait pas de lien contractuel entre la demanderesse et l'entrepreneur. Le juge La Forest, qui a rédigé l'opinion unanime de la Cour, a distingué cette instance du «cas de perte économique relationnelle» de l'affaire *Norsk*, disant que la situation dans *Winnipeg Condominium Corp.* appartenait à la quatrième catégorie — fourniture négligente de marchandises ou de services de mauvaise qualité — et il a tenu l'entrepreneur responsable.

La décision du juge La Forest dans *Winnipeg Condominium Corp.* ne visait manifestement pas à modifier les motifs qu'il avait rédigés dans *Norsk*. Néanmoins, au moins une des différences notées dans les démarches adoptées dans *Norsk* a été résolue. Il semble que notre Cour reconnaît maintenant qu'il existe plusieurs catégories de pertes purement économiques. La détermination des circonstances dans lesquelles une perte entrant dans la cinquième catégorie, «perte économique relationnelle», peut donner lieu à indemnisation a, semble-t-il, été reportée à une occasion où cette question se posera.

40

41

42

- 43 The appellants in this appeal submitted that the circumstances of this case are such that the *Winnipeg Condominium Corp.* case was more applicable than the *Norsk* case. They argued that the circumstances represent a new category of pure economic loss, and that therefore the only consideration was the *Anns* test, as confirmed in *Winnipeg Condominium Corp.* This submission cannot succeed. It is obvious that the facts of this case place it in the fifth category mentioned in *Norsk* and *Winnipeg Condominium Corp.*, namely, relational economic loss. Arbor's pure economic loss arises solely because of its relationship with D'Amato.
- 44 The Court of Appeal erred when they held that pure economic loss was not recoverable in this case because the respondents were unaware of the existence of Arbor. They stated that because of this lack of specific knowledge, the requisite proximity was lacking between the respondents and Arbor. This is the "known plaintiff" approach of Stevenson J. in *Norsk*, which was rejected in that case and is not the law in Canada.
- 45 The trial judge appeared to accept McLachlin J.'s approach in *Norsk*. However, he focused on proximity, without regard for the concept of foreseeability. McLachlin J.'s reasons in *Norsk* are specific that, in addition to proximity, the loss in question also must be foreseeable. See *Norsk*, at p. 1152. In addition, the trial judge ignored the second half of the two-stage *Anns* test, in failing to determine whether any factors existed to limit recovery. See *Norsk*, at pp. 1154-55.
- 46 The errors in both courts open the issue of liability here. As previously noted, while the two approaches from *Norsk* differ in principle, they will most often achieve the same result. This is the case in the present appeal, as, in my opinion, the appellant cannot succeed under either of the two approaches in *Norsk*.
- Les appelants en l'espèce ont soutenu que les faits donnent davantage application à l'arrêt *Winnipeg Condominium Corp.* qu'à l'arrêt *Norsk*. Ils ont fait valoir que la situation en cause appartient à une nouvelle catégorie de perte purement économique et, par conséquent, que seul le critère énoncé dans *Anns*, et confirmé dans *Winnipeg Condominium Corp.*, doit être pris en compte. Cet argument ne peut être retenu. Il est évident que les faits de l'espèce relèvent de la cinquième catégorie mentionnée dans *Norsk* et *Winnipeg Condominium Corp.*, c'est-à-dire, d'une perte économique relationnelle. La perte purement économique d'Arbor découle uniquement de son lien avec M. D'Amato.
- La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la perte purement économique ne pouvait pas donner lieu à indemnisation en l'espèce parce que les intimés ne connaissaient pas l'existence d'Arbor. Elle a déclaré qu'en raison de l'absence de cette connaissance spécifique, le lien étroit requis était inexistant entre les intimés et Arbor. Il s'agit de la théorie du «demandeur connu» retenue par le juge Stevenson dans *Norsk*, qui a été rejetée dans cet arrêt et qui ne correspond pas à l'état du droit au Canada.
- Le juge de première instance a semblé retenir la démarche énoncée par le juge McLachlin dans *Norsk*. Toutefois, il a mis l'accent sur le lien étroit, sans se préoccuper de la notion de la prévisibilité. Les motifs du juge McLachlin dans *Norsk* précisent clairement que la perte doit non seulement avoir un lien étroit avec le préjudice, mais encore être prévisible. Voir *Norsk*, à la p. 1152. De plus, le juge de première instance n'a pas tenu compte du second volet du critère énoncé dans *Anns*, en ne déterminant pas s'il existait des facteurs qui justifieraient qu'on limite l'indemnisation. Voir *Norsk*, aux pp. 1154 et 1155.
- Les erreurs commises par les deux cours soulèvent la question de la responsabilité. Comme je l'ai déjà mentionné, les deux démarches proposées dans *Norsk* diffèrent en principe, mais elles produisent très souvent le même résultat. C'est le cas en l'espèce car, peu importe laquelle on utilise, l'appelante ne peut selon moi avoir gain de cause.

Arbor cannot succeed in its claim for pure economic loss under the La Forest J. approach. Contrary to the submission of the appellants, this is a case of contractual relational economic loss. Arbor's loss arises solely because of the contractual relationship between the company and its employee/shareholder D'Amato. Second, there do not appear to be any good policy reasons to depart from the exclusionary rule, if such a rule is to be adopted. La Forest J.'s analysis calls for a general exclusionary rule, subject to any policy concerns which militate in favour of recovery of relational economic loss. If anything, policy reasons would tend to militate against recovery for this type of loss. If an injury to a key shareholder in a small corporation was held to be sufficient to warrant recovery of pure economic loss, then the indeterminate possibilities with larger corporations are obvious.

A party may have better prospects of recovering pure economic loss under the somewhat broader McLachlin J. approach. However, even using that analysis, Arbor cannot succeed. McLachlin J.'s theory is based on the *Ann's* two-stage test. Arbor must show that the loss was within the reasonable contemplation of the respondents so as to raise a duty of care, and, in addition, that there are no considerations which should limit the scope of that duty, the class of persons to whom it is owed or the damages arising from a breach of the duty. There must also be sufficient proximity between the negligent act and the damage to ground liability.

At page 1153 of *Norsk*, McLachlin J. lists several factors which are relevant to proximity. They are: the relationship between the parties; physical propinquity; assumed or imposed obligations; and close causal connection. Of these factors, only the last has any relevance in this case. There was no relationship between the respondents and Arbor,

La société Arbor ne peut être indemnisée de sa perte purement économique si l'on applique la démarche du juge La Forest. Contrairement à ce que prétendent les appelants, il s'agit bel et bien d'un cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Arbor a subi une perte uniquement en raison de son lien contractuel avec son employé et actionnaire, M. D'Amato. En outre, il ne semble pas y avoir de bonnes raisons de principe de déroger à la règle d'exclusion, si une telle règle était adoptée. L'analyse du juge La Forest mène à une règle d'exclusion générale, sous réserve de toute considération de principe qui milite en faveur de l'indemnisation de la perte économique relationnelle. Les considérations de principe seraient plutôt défavorables à l'indemnisation de ce genre de perte. S'il suffisait qu'un actionnaire clé d'une petite société subisse des lésions corporelles pour que le tribunal accorde l'indemnisation d'une perte purement économique, les possibilités indéterminées dans le cas des grandes sociétés seraient alors manifestes.

Les chances d'une partie d'être indemnisée de sa perte purement économique pourraient être meilleures si on appliquait la démarche un peu plus souple proposée par le juge McLachlin. Toutefois, même si on utilisait cette démarche, Arbor n'aurait pas gain de cause. La théorie du juge McLachlin se fonde sur le critère en deux volets établi dans *Ann's*. Arbor doit prouver que les intimés pouvaient raisonnablement prévoir la perte, de sorte qu'il leur incombait une obligation de diligence; elle doit en outre démontrer qu'il n'existe aucun motif de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation. Il faut de plus qu'il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et les dommages pour fonder une déclaration de responsabilité.

À la page 1153 de l'arrêt *Norsk*, le juge McLachlin énumère plusieurs facteurs pertinents relativement à l'existence d'un lien étroit. Ce sont le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Parmi ces facteurs, seul le dernier est pertinent en l'espèce. Il n'exis-

nor was there physical propinquity or assumed or imposed obligations. The most that can be said is that the negligence of the respondents caused Arbor's loss. This connection is not direct. In my opinion, there is insufficient proximity in this case to warrant recovery of pure economic loss. In my opinion the loss was neither foreseeable nor sufficiently proximate to the act of negligence to warrant recovery.

tait aucun rapport entre les intimés et Arbor, ni une proximité physique ou quelque obligation présumée ou imposée que ce soit. Tout au plus peut-on affirmer que la négligence des intimés a causé la perte subie par Arbor. Ce lien n'est pas direct. Il n'existe pas, à mon avis, de lien suffisamment étroit en l'espèce pour justifier l'indemnisation de la perte purement économique. À mon avis, la perte n'était pas prévisible et n'avait pas de lien suffisamment étroit avec l'acte négligent pour justifier une indemnisation.

50 Finally, even if one can say that defendants in the position of the respondents should have reasonably contemplated persons in the position of Arbor, the second stage of the *Anns* test, dealing with policy reasons to limit recovery, would deny recovery to Arbor.

Enfin, même si on pouvait affirmer que des défendeurs dans la situation des intimés auraient raisonnablement dû prévoir que des personnes pouvaient se trouver dans la situation d'Arbor, la deuxième étape du critère énoncé dans *Anns*, qui traite des considérations de principe justifiant qu'on limite l'indemnisation, ferait obstacle à l'indemnisation d'Arbor.

51 If a company is allowed to recover pure economic loss arising from the loss of a key shareholder and employee, the problem of indeterminacy arises. An injury to one person obviously has a ripple effect, causing economic loss in various forms to a large number of people, both individuals and corporations. To allow recovery in these circumstances would invite similar claims by multi-membered plaintiffs. It would remove the incentive for contracting parties to negotiate on who will bear risk of loss, and for corporations to plan for events such as this, through insurance or otherwise.

Le fait de permettre l'indemnisation d'une société par actions pour une perte purement économique découlant de la perte d'un employé et actionnaire clé fait resurgir le problème de l'indétermination. Les lésions corporelles causées à une personne ont nécessairement un effet d'enchaînement, un grand nombre de personnes, physiques et morales, subissant en conséquence une perte économique sous une forme ou une autre. Accorder une indemnité en pareilles circonstances susciterait des demandes semblables de la part de divers demandeurs à la fois. Les parties contractantes ne seraient ainsi plus incitées à négocier pour déterminer laquelle assumerait les risques de perte, et les sociétés par actions ne seraient plus portées à se préparer à des éventualités semblables, notamment en contractant une assurance.

52 To conclude, Arbor is not entitled to damages for pure economic loss under either of the tests in *Norsk*. The appeal for recovery on this ground is dismissed. As a result of this conclusion the issue arose whether the award of \$36,650 by the Court of Appeal under the *alter ego* principle should stand. The rationale for the *alter ego* doctrine is not as strong as it once was, in light of recent developments in tort law. However, the respon-

En conclusion, Arbor n'a pas droit à des dommages-intérêts pour sa perte purement économique, que l'on applique l'un ou l'autre des critères énoncés dans l'arrêt *Norsk*. L'appel visant à obtenir une indemnité fondée sur ce moyen est rejeté. Cette conclusion soulève la question de savoir si les dommages-intérêts de 36 650 \$ accordés par la Cour d'appel en application du principe de l'*alter ego* doivent être maintenus. Les

dents did not cross-appeal on this issue, so the Court of Appeal's award of \$36,650 remains as is.

B. *Loss of Future Earning Capacity*

The trial judge awarded the appellant D'Amato \$290,000 for loss of earning capacity. The Court of Appeal reduced that amount to \$50,000. Loss of earning capacity is an award based on the recognition that a plaintiff's capacity to earn money was an asset which has been taken away. See *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229. The calculation was based on the level of earning which the plaintiff would likely have achieved and the period that he would sustain it, subject to deductions made for contingencies of life.

The trial judge made a simple calculation: D'Amato was skilled enough to have earned \$55,000 per year as an autobody repairer, which over seven years amounted to \$385,000, followed by a 25 percent deduction for contingencies. The Court of Appeal considered the fact that D'Amato continued to receive remuneration from Arbor to be significant and altered the trial judge's decision. The Court of Appeal felt that the only loss of D'Amato's earnings was his share of the loss to Arbor, averaged over the relevant time period. Implicit in the Court of Appeal's decision was the assumption that Arbor would remain a viable business over the next seven years.

Both judgments have frailties. The trial judge arguably took an overly simplistic view of D'Amato's loss when he related D'Amato's loss of earning capacity solely to his ability to work physically as an autobody repairman. D'Amato contin-

raisons qui sous-tendent ce principe ne sont pas aussi fortes qu'elles l'ont déjà été, compte tenu de l'évolution récente du droit de la responsabilité civile délictuelle. Cependant, les intimés n'ont pas formé de pourvoi incident sur ce point et l'octroi de dommages-intérêts de 36 650 \$ par la Cour d'appel demeure donc tel quel.

B. *La perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir*

Le juge de première instance a accordé à l'appellant D'Amato une somme de 290 000 \$ au titre de la perte de sa capacité de gagner un revenu. La Cour d'appel a réduit ce montant à 50 000 \$. L'indemnisation de la perte de capacité de gagner un revenu est fondée sur la reconnaissance du fait que la capacité du demandeur de gagner un revenu constituait un atout dont il a été dépossédé. Voir *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229. Le calcul effectué s'appuyait sur le niveau du revenu que le demandeur aurait vraisemblablement touché et sur la période pendant laquelle il l'aurait reçu, sous réserve de certaines déductions pratiquées pour tenir compte des éventualités.

Le juge de première instance a fait un calcul simple: M. D'Amato avait les compétences voulues pour gagner un revenu annuel de 55 000 \$ en qualité de débosseleur, ce qui donne un montant de 385 000 \$ pour une période de sept ans, montant qui a été réduit de 25 pour 100 pour tenir compte des éventualités. La Cour d'appel a jugé important le fait que M. D'Amato continuait de recevoir une rémunération d'Arbor, et elle a donc modifié la décision du juge de première instance. Elle a estimé que la seule perte de revenu subie par M. D'Amato était sa part de la perte subie par Arbor, selon la moyenne établie pour la période pertinente. La Cour d'appel a tenu implicitement pour acquis qu'Arbor demeurerait viable pour les sept prochaines années.

Ces deux jugements présentent des faiblesses. On peut prétendre que le juge de première instance a évalué de façon trop simpliste la perte de M. D'Amato en associant la perte de sa capacité de gagner un revenu uniquement à sa capacité d'ac-

53

54

55

ued to earn much the same as he did prior to his accident, because he continued to draw a salary from Arbor. D'Amato's ability to earn was not based solely on his physical ability, but also on his ownership of a viable and profitable company. That being so, the trial judge may have erred in attributing D'Amato's loss solely to his ability to do autobody work.

56 Notwithstanding this, the trial judge's calculation should not be disturbed unless patently unreasonable or based on incorrect legal principles. It is clear the trial judge was aware of all of the evidence of D'Amato's income from Arbor. The trial judge found as a fact that D'Amato had lost a significant amount of his earning capacity owing to the respondents' negligence. It also was a finding of fact that D'Amato would continue to contribute to Arbor, but at a greatly reduced rate. Twenty-five percent was deducted from the award by the trial judge because of D'Amato's continued contribution to Arbor. It is obvious that the trial judge did not ignore D'Amato's involvement with Arbor when calculating loss of earning capacity.

57 The Court of Appeal's view may be premised on an incorrect assumption — that Arbor will continue in business throughout D'Amato's working life. There was evidence to suggest that Arbor is in difficulty, owing to its loss of profits subsequent to D'Amato's injuries, and may have to be sold. The Court of Appeal judgment does not seem to account for this possibility. It is apparent that if Arbor were to be sold D'Amato would have difficulty replacing his income, unless the sale price enabled the owners to retire, and there was no evidence to that effect. The trial judge was entitled to find, as he did, that D'Amato would have difficulty finding work as a repairman because of his injuries

complir un travail physique en qualité de débosseleur. Monsieur D'Amato a continué à gagner approximativement le même revenu qu'avant l'accident parce qu'il a continué à recevoir une rémunération d'Arbor. La capacité de M. D'Amato de gagner un revenu ne dépendait pas exclusivement de sa capacité physique, mais également de sa qualité de propriétaire d'une entreprise viable et rentable. Pour cette raison, le juge de première instance a pu commettre une erreur en attribuant la perte de M. D'Amato seulement à sa capacité de faire des travaux de débosselage.

Néanmoins, le calcul du juge de première instance ne doit pas être modifié à moins qu'il ne soit manifestement déraisonnable ou fondé sur des principes juridiques erronés. Il est clair que le juge de première instance était au fait de tous les éléments de preuve relatifs à la rémunération que M. D'Amato recevait d'Arbor. Il a tenu pour avéré que M. D'Amato avait perdu une partie importante de sa capacité de gagner un revenu en raison de la négligence des intimés. Sa conclusion portant que M. D'Amato continuerait à participer à l'exploitation d'Arbor, bien que dans une bien moindre mesure, constituait également une conclusion de fait. Il a réduit les dommages-intérêts accordés de 25 pour 100 parce que M. D'Amato continuait à travailler pour Arbor. Il est évident que le juge de première instance n'a pas fait abstraction de la participation de M. D'Amato aux activités d'Arbor lorsqu'il a calculé la perte de sa capacité de gagner un revenu.

L'opinion de la Cour d'appel est peut-être fondée sur une supposition erronée, selon laquelle Arbor poursuivra ses activités pendant toute la vie active de M. D'Amato. D'après certains éléments de preuve, Arbor est en difficulté en raison de la perte de profits qu'elle a subie à la suite des blessures dont M. D'Amato a été victime, et la société devra peut-être être vendue. L'arrêt de la Cour d'appel ne semble pas tenir compte de cette possibilité. Il est clair que M. D'Amato aurait du mal à remplacer le revenu qu'il tire de la société si celle-ci devait être vendue, à moins que le prix de vente ne permette à ses propriétaires de prendre leur retraite. Or, aucune preuve n'a été présentée à cet

and as an owner because of his lack of English skills and education. This finding of fact justified the trial judge's conclusion.

The Court of Appeal interfered with the findings of the trial judge. While they did not point to any legal errors on the trial judge's assessment of earning capacity, they stated that the trial judge "failed to consider the degree to which D'Amato's overall earning capacity in the context of his position at Arbor had been impaired by his inability to perform heavy physical labour" (p. 57). If the trial judge had ignored such evidence, an error in law may have occurred, justifying intervention. However, in my opinion, the trial judge was aware of the basis for D'Amato's continuing role with Arbor, and of his income from it.

In suggesting its own "more realistic" approach, the Court of Appeal merely disagreed with the trial judge's decision. In so doing the Court of Appeal failed to identify any palpable and overriding error such as to permit their interference. The appeal on this ground is allowed.

IV. Conclusion

In the result, the appeal is allowed in part:

- (i) The judgment of the Court of Appeal denying recovery to Arbor for pure economic loss is upheld.
- (ii) The judgment of the Court of Appeal awarding D'Amato the sum of \$36,650 is upheld.
- (iii) The judgment of the Court of Appeal reversing the trial judge's award of \$290,000 for loss of future earning

effet. Le juge de première instance pouvait conclure, comme il l'a fait, que M. D'Amato aurait du mal à se trouver un emploi de débosseleur en raison de ses blessures et qu'il ne lui serait pas facile de redevenir propriétaire compte tenu de ses lacunes en anglais et de son manque d'instruction. Cette conclusion de fait justifiait la décision du juge de première instance.

La Cour d'appel a modifié les conclusions du juge de première instance. Sans préciser quelle erreur de droit le juge de première instance aurait commise dans l'appréciation de la capacité de gagner un revenu, elle a déclaré qu'il [TRADUCTION] «n'avait pas tenu compte de la mesure dans laquelle la capacité globale de M. D'Amato de gagner un revenu, dans le contexte de sa situation au sein d'Arbor, avait diminué en raison de son incapacité d'accomplir un travail physique exigeant» (p. 57). Si le juge de première instance n'avait pas tenu compte de cette preuve, il aurait pu commettre une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour. Toutefois, j'estime que le juge de première instance comprenait le rôle que M. D'Amato continuait à jouer dans la société et qu'il était conscient du revenu qu'il en tirait.

En proposant sa propre solution «plus réaliste», la Cour d'appel a simplement exprimé son désaccord avec le juge de première instance. Elle n'a pas fait état d'une erreur manifeste et dominante qui lui aurait permis d'intervenir. Le pourvoi fondé sur ce moyen est accueilli.

IV. Conclusion

En conséquence, le pourvoi est accueilli en partie:

- (i) La décision de la Cour d'appel de refuser d'indemniser Arbor de sa perte purement économique est confirmée.
- (ii) La décision de la Cour d'appel d'accorder à M. D'Amato un montant de 36 650 \$ est confirmée.
- (iii) La décision de la Cour d'appel d'infirmier la décision par laquelle le juge de première instance a accordé des dommages-

58

59

60

capacity is set aside and the trial judge's decision is restored.

- (iv) The appellants were substantially successful in their appeal and are entitled to their costs throughout.

Appeal allowed in part with costs.

Solicitors for the appellants: Giusti, Barrett & Ellan, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

intérêts de 290 000 \$ pour perte de capacité de gagner un revenu à l'avenir est infirmée et la décision du juge de première instance est rétablie.

- (iv) Les appelants ont obtenu gain de cause sur les points essentiels de leur appel et ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Procureurs des appelants: Giusti, Barrett & Ellan, Vancouver.

Procureurs des intimés: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

INDEX

CIVIL RIGHTS

1. Discrimination — Bona fide occupation qualification — Collective agreement more stringent than legislation with respect to discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62, s. 10(1).

NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES V. NEWFOUNDLAND (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE), 3.

2. Prohibited harassment — Remedy — Compensatory and exemplary damages — Employee, victim of sexual harassment and harassment in the workplace, receiving compensation under Act respecting industrial accidents and occupational diseases — Whether employee may in addition bring civil liability action based on Charter of Human Rights and Freedoms against her employers — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51, 52.

BÉLIVEAU ST-JACQUES V. FÉDÉRATION DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS DE SERVICES PUBLICS INC., 345.

COMMERCIAL LAW

Attempt to sell — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if “interested” in buying — Whether conduct amounting to attempt to sell.

R. V. GLADSTONE, 723.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Applicability of Charter outside Canada’s boundaries — Evidence obtained abroad according to foreign local law — Foreign law requiring less exacting procedural standard than Charter — Whether failure of foreign police to comply with Canadian law rendering evidence so obtained inadmissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(2).

R. V. TERRY, 207.

2. Charter of Rights — Pre-trial procedure — Stay ordered after lengthy pre-trial delay but set aside on appeal — Whether

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

stay can be ordered absent proof of impairment of ability to present full answer and defence or proof of oppressive or vexatious behaviour on part of Crown or police.

R. V. LIAKAS, 286.

3. Charter of Rights — Search or seizure — Accused acquitted of possession of narcotic for purpose of trafficking — Court of Appeal setting aside acquittal — Exigent circumstances authorizing police to conduct search — Search conducted in reasonable manner — Court of Appeal’s judgment upheld — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. MCKARRIS, 287.

4. Charter of Rights — Search and seizure — Police searching accused’s car — Evidence supporting trial judge’s finding that accused gave his consent to the search freely and voluntarily — No infringement of accused’s right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. CLEMENT, 289.

5. Charter of Rights — Search or seizure — Trial judge erring in finding that conduct of search not unreasonable — New trial ordered.

R. V. MCCARTHY, 460.

6. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused arrested on premises searched pursuant to invalid search warrant — Marijuana seized but excluded from evidence — Person arrested with accused pleading guilty in prior trial and testifying for Crown at accused’s trial — Whether witness’ evidence obtained in a manner that breached the Charter — If so, whether its admission would bring the administration of justice into disrepute — Whether a temporal connection existed between the witness’ evidence and the Charter breach and whether any causal connection with the Charter breach was too remote — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. V. GOLDHART, 463.

7. Aboriginal rights — Right to sell fish on non-commercial basis — Fish caught under native food fish licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under that licence — Fish sold to non-aboriginal and charges laid — Definition of “existing aboriginal rights” as used in s. 35 of Constitution Act, 1982 —

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Whether an aboriginal right being exercised in the circumstances — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5).

R. V. VAN DER PEET, 507.

8. Aboriginal rights — Right to sell fish (salmon) — Food processor charged for selling salmon contrary to regulations — Large quantities of salmon purchased from natives — Natives catching salmon under food fishing licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under food fishing licence — Whether an aboriginal right to sell salmon — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(5) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).

R. V. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD., 672.

9. Aboriginal rights — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if “interested” in buying — Regulations requiring specific licence for harvesting and sale of fish product — Natives not having proper licence to sell fish product — Evidence indicating large scale trade in fish product prior to contact with Europeans — Whether an aboriginal right to harvest and trade in fish product — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — Pacific Herring Fishery Regulations, SOR/84-324, s. (3).

R. V. GLADSTONE, 723.

10. Aboriginal rights — Self-government and high stakes gambling — First nations passing lotteries by-laws — By-laws not passed pursuant to s. 81 of Indian Act — Criminal charges laid for alleged breach of gambling provisions — Whether an aboriginal right to gamble — Whether an aboriginal right to self-government which includes the right to regulate gambling activities — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 201(1), 206(1)(d), 207 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81.

R. V. PAMAJEWON, 821.

11. Charter of Rights — Right to be qualified for membership in legislature — Member of provincial legislature convicted of illegal practice and expelled from legislature pursuant to provincial elections legislation — Legislation also disqualifying anyone convicted of illegal practice from holding electoral office for five years — Whether disqualifications infringe s. 3 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 119(c).

HARVEY V. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL), 876.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

12. Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Member of provincial legislature convicted of illegal practice and expelled from legislature pursuant to provincial elections legislation — Legislation also disqualifying anyone convicted of illegal practice from holding electoral office for five years — Whether disqualifications infringe s. 12 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 119(c).

HARVEY V. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL), 876.

13. Division of powers — Charter of Rights — Indirect taxation — Regulatory scheme affecting land development in order to finance new capital costs for schools necessitated by new development — Monies placed in common account and available to public and separate school boards — Whether charges an indirect tax — Whether charges prejudicially affecting a right or privilege with respect to denominational schools — Whether impugned provisions infringing s. 2(a) Charter right to freedom of religion and s. 15(1) Charter right of equality — If so, whether saved under s. 1 — Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 (“Scott Act”), ss. 14, 20 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1) — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(2), (9), (13), (16), 93(1) — Development Charges Act, R.S.O. 1990, c. D.9, ss. 30(1), (3), 35 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 122(1) — Education Development Charges, R.R.O. 1990, Reg. 268, ss. 1, 2, 3, 4, 5.

ONTARIO HOME BUILDERS’ ASSOCIATION V. YORK REGION BOARD OF EDUCATION, 929.

14. Trial — Standing — Application brought by association composed of builders — Builders affected by legislation — Whether appellants had standing.

ONTARIO HOME BUILDERS’ ASSOCIATION V. YORK REGION BOARD OF EDUCATION, 929.

CONTRACTS

Breach of contract — Damages — Sale of real property — Damages in lieu of specific performance — Vendor refusing to close sale of property to purchaser — Purchaser suing for damages in lieu of specific performance — Property values rising after closing date — Whether damages should be assessed as of date of trial — Whether purchaser entitled to recover increase in value of property to be purchased and retain increase in value of own unsold residence.

SEMELHAGO V. PARAMADEVAN, 415.

COURTS

Jurisdiction — Injunction — Labour dispute between federally regulated employer and employees concerning new work schedule — Union seeking injunction in British Columbia Supreme Court to postpone implementation of new work schedule until dispute settled by arbitrator — Whether British Columbia Supreme Court had jurisdiction to issue interim injunction — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

BROTHERHOOD OF MAINTENANCE OF WAY EMPLOYEES CANADIAN PACIFIC SYSTEM FEDERATION V. CANADIAN PACIFIC LTD., 495.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Sexual assault — Trial judge erring in relying on contents of complainant's diary as corroboration of her testimony since diary had not been introduced into evidence — Court of Appeal not erring in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. WRIGHT, 163.

2. Trial — Charge to jury — Sexual offences — Accused charged with twelve counts involving six complainants — Trial judge's instructions inadequate — Convictions set aside and new trial ordered.

R. v. RARRU, 165.

3. Trial — Charge to jury — Trial judge giving inadequate instructions concerning complicity as alternative basis for accused's guilt — Court of Appeal ordering new trial on robbery charge — Court of Appeal's judgment upheld.

R. v. LABONTÉ, 167.

4. Defences — Intoxication — Charge to jury — Alleged failure to relate effects of intoxication to common sense inference not occasioning miscarriage of justice.

R. v. ROYER, 169.

5. Sexual offences — Persons in position of authority — Teachers — Elements of offence of sexual exploitation — Meaning of terms "position of authority" and "position of trust" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 153(1).

R. v. AUDET, 171.

6. Prerogative writs — Habeas corpus — Accused convicted of murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 15 years — Accused convicted under provision subsequently struck down as unconstitutional — Whether accused's continued detention gives rise to right to habeas corpus.

R. v. SARSON, 223.

CRIMINAL LAW—Continued

7. Mens rea — Murder — Drunkenness — Accused convicted of second degree murder after stabbing wife to death — Whether trial judge erred in instructing jury as to effect of drunkenness on requisite intent for murder — Whether trial judge should have used two-stage charge allowing jury to consider whether degree of drunkenness was such as to negate accused's capacity to form intent — Whether trial judge failed to instruct jury adequately on effect of drunkenness on accused's ability to foresee consequences of acts.

R. v. SEYMOUR, 252.

8. Charge to jury — Self-defence — Accused charged with aggravated assault of his father — Trial judge's charge to jury with respect to self-defence containing serious errors of law — Whether accused's conviction should stand — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. HEBERT, 272.

9. Procedure — Plea — Accused's guilty pleas resulting from undue influence of his counsel — Pleas quashed.

R. v. LAPERRIÈRE, 284.

10. Evidence — Hearsay — Young child telling foster mother and physician that her father had sexually abuse her — Child unable to remember incident at trial — Whether out-of-court statements made by child admissible.

R. v. R. (D.), 291.

11. Evidence — Expert witness — Defence expert in area of sexually abused children prevented by trial judge from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events — Whether expert testimony should have been admitted.

R. v. R. (D.), 291.

12. Evidence — Cross-examination — Credibility of witnesses — Children alleging that they were sexually and physically abused by accused — Therapist present during police interviews of children — Defence not permitted to use transcripts of interviews to cross-examine therapist on interview techniques employed — Defence seeking to show that children may have been coached or manipulated — Whether trial judge erred in restricting cross-examination — Whether children's credibility a collateral issue.

R. v. R. (D.), 291.

13. Evidence — Sufficiency — Accused convicted of sexual assault — Children's testimony against one accused similar to their testimony against another accused — Whether evidence too weak to support conviction.

R. v. R. (D.), 291.

CRIMINAL LAW—Concluded

14. Trial — Verdicts — Trial judge convicting accused of sexual assault while acquitting them of gross indecency — Whether trial judge's findings inconsistent.

R. v. R. (D.), 291.

15. Trial — Verdicts — Inadequate reasons — Accused convicted of assault causing bodily harm — Trial judge failing to address troublesome evidence and to identify basis on which she convicted accused — Whether new trial should be ordered.

R. v. R. (D.), 291.

16. Charge to jury — Crown's address to jury exceeding limits laid down by this Court — Whether trial judge inadequately directed jury with respect to these improprieties — Whether charge defective with respect to corroborative evidence or alibi evidence — Whether application should be considered to adduce fresh evidence.

R. v. MICHAUD, 458.

17. Trial — Charge to jury — Identification — Trial judge properly charging jury with respect to special need for caution in considering identification evidence.

R. v. BARDALES, 461.

EVIDENCE

1. Witnesses — Re-examination — Any error resulting from reexamination not occasioning miscarriage of justice.

R. v. ROYER, 169.

2. Admissibility — Poem and dream similar to facts — Whether or not poem and evidence of dream admissible.

R. v. TERRY, 207.

FAMILY LAW

1. Custody and access — Variation — Change of residence — Mother awarded custody on divorce wishing to move to Australia — Father applying to vary custody — Whether trial and appellate courts erred in permitting child to move to Australia with her mother — Principles governing application for variation of custody or access order linked to change of residence of child by custodial parent — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(5), (9).

GORDON v. GOERTZ, 27.

FAMILY LAW—Concluded

2. Wrongful removal or retention of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken from United States to Quebec by father while mother's motions to modify and enforce her access rights pending in American court — Interim custody of child granted to mother by American court after child's removal to Quebec — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States under Quebec statute on international child abduction — Whether statute applicable to circumstances of case — Concept of custody under Quebec statute and convention on international child abduction — Distinction between rights of custody and rights of access — Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, R.S.Q., c. A-23.01, ss. 2, 3, 4 — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5.

W. (V.) v. S. (D.), 108.

3. Rights of custody — Interests of child — Custody of child granted to father and access rights granted to mother by American court — Child taken from United States to Quebec by father — Interim custody of child later granted to mother by American court — Father filing motion for child custody in Quebec — Mother countering with motion for child's return to United States — Whether Superior Court had jurisdiction to rule on custody of child under Quebec civil law and to order child's return to United States — Civil Code of Lower Canada, art. 30 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 46.

W. (V.) v. S. (D.), 108.

4. Compensatory allowance — Separation — Wife performing administrative and secretarial work for husband's business while taking care of children — Two properties purchased by husband registered in wife's name — Principles to be considered in deciding whether compensatory allowance should be awarded to wife or husband — Approach to be taken in considering facts — Whether Court of Appeal's intervention in trial judge's decision justified.

P. (S.) v. R. (M.), 842.

INCOME TAX

Non-capital loss — Company disposing of trading asset acquired from subsidiary — Whether property retained character as inventory.

R. v. MARA PROPERTIES LTD., 161.

INJUNCTION

Interim injunction — Non-parties — Company granted interim injunction against protesters interfering with its logging operations — Whether courts have jurisdiction to make orders binding on non-parties — If so, whether such orders can be made against persons named only as “John Doe, Jane Doe and Persons Unknown” — Whether appropriate to include in such orders provisions authorizing police to arrest and detain strangers to litigation.

MACMILLAN BLOEDEL LTD. V. SIMPSON, 1048.

JUDICIAL REVIEW

Standards of review — Patently unreasonable or correctness standards — Collective agreement more stringent than provincial human rights code — Arbitration board deciding that agreement’s definition of discrimination must be the same as the Code’s — Whether the patently unreasonable standard should apply or the correctness standard in review of Board’s decision.

NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES V. NEWFOUNDLAND (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE), 3.

LABOUR LAW

1. Collective agreements — Human rights legislation — Discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code.

NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES V. NEWFOUNDLAND (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE), 3.

2. Injunction — Labour dispute between federally regulated employer and employees concerning new work schedule — Union seeking injunction in British Columbia Supreme Court to postpone implementation of new work schedule until dispute settled by arbitrator — Whether British Columbia Supreme Court had jurisdiction to issue interim injunction — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

BROTHERHOOD OF MAINTENANCE OF WAY EMPLOYEES CANADIAN PACIFIC SYSTEM FEDERATION V. CANADIAN PACIFIC LTD., 495.

LABOUR RELATIONS

Canada Labour Relations Board — Jurisdiction — Certification — Whether Board had jurisdiction to conclude that bargaining unit proposed by union was not appropriate — If so, whether decision was patently unreasonable.

INTERNATIONAL LONGSHOREMEN’S AND WAREHOUSEMEN’S UNION, SHIP AND DOCK FOREMEN, LOCAL 514 V. PRINCE RUPERT GRAIN LTD., 432.

TORTS

Negligence — Economic loss — Loss of earning capacity — Individual plaintiff injured in automobile accident — Damages awarded to individual plaintiff for loss of earning capacity and to corporate plaintiff for pure economic loss suffered — Whether corporate plaintiff entitled to damages for pure economic loss in circumstances of case — Whether Court of Appeal correct in reducing trial judge’s award for loss of earning capacity.

D’AMATO V. BADGER, 1071.

WORKERS’ COMPENSATION

Harassment — Employee, victim of sexual harassment and harassment in the workplace, receiving compensation under Act respecting industrial accidents and occupational diseases — Whether employee may in addition bring civil liability action based on Charter of Human Rights and Freedoms against her employers — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51, 52.

BÉLIVEAU ST-JACQUES V. FÉDÉRATION DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS DE SERVICES PUBLICS INC., 345.

INDEX

ACCIDENT DU TRAVAIL

Harcèlement — Employée victime de harcèlement sexuel et de harcèlement au travail indemnisée en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — L'employée peut-elle exercer en plus contre ses employeurs un recours en responsabilité civile fondé sur la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51, 52.

BÉLIVEAU ST-JACQUES C. FÉDÉRATION DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS DE SERVICES PUBLICS INC., 345.

CONTRATS

Inexécution de contrat — Dommages-intérêts — Vente d'immeuble — Dommages-intérêts au lieu de l'exécution intégrale — Vendeur refusant de compléter la vente d'un immeuble à l'acquéreur — Acquéreur intentant une action en vue d'obtenir des dommages-intérêts au lieu de l'exécution intégrale — Augmentation de la valeur des immeubles après la date fixée pour transférer la propriété — Les dommages-intérêts devraient-ils être évalués à la date du procès? — L'acquéreur avait-il droit à la plus-value de l'immeuble qu'il devait acheter et à celle de sa propre résidence invendue?

SEMELHAGO C. PARAMADEVAN, 415.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Normes de contrôle — Norme du caractère manifestement déraisonnable ou norme de la décision correcte — Convention collective plus stricte que le code provincial des droits de la personne — Décision du conseil d'arbitrage que la définition de discrimination dans la convention collective doit être la même que dans le Code — Le contrôle judiciaire de la décision du conseil devrait-il être exercé selon la norme du caractère manifestement déraisonnable ou selon celle de la décision correcte?

NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES C. TERRE-NEUVE (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE), 3.

DROIT COMMERCIAL

Tentative de vente — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s'il était «intéressé» à s'en procurer — Ce comportement équivaut-il à une tentative de vente?

R. C. GLADSTONE, 723.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Applicabilité de la Charte à l'extérieur du Canada — Éléments de preuve obtenus à l'étranger conformément au droit interne du pays étranger — Droit étranger prescrivant une norme procédurale moins stricte que la Charte — L'omission de la police étrangère de se conformer au droit canadien rend-elle inadmissible la preuve ainsi obtenue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(2).

R. C. TERRY, 207.

2. Charte des droits — Procédure préalable au procès — Arrêt des procédures ordonné en raison d'un long délai antérieur au procès, mais annulé en appel — L'arrêt des procédures peut-il être ordonné en l'absence de preuve d'une diminution de la capacité de présenter une défense pleine et entière ou de preuve d'un comportement oppressif ou vexatoire de la part du ministère public ou de la police?

R. C. LIAKAS, 286.

3. Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie — Accusé acquitté de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic — Rejet de l'acquittement par la Cour d'appel — Situation d'urgence autorisant la police à effectuer une perquisition — Perquisition effectuée de façon raisonnable — Jugement de la Cour d'appel maintenu — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. MCKARRIS, 287.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille du véhicule de l'accusé par les policiers — Éléments de preuve étayant la conclusion du juge du procès que l'accusé a consenti librement et volontairement à la fouille — Aucune atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. CLEMENT, 289.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

5. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Juge du procès commettant une erreur en concluant que la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive — Nouveau procès ordonné.

R. C. MCCARTHY, 460.

6. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Arrestation de l'accusé dans des lieux faisant l'objet d'une perquisition fondée sur un mandat non valide — Marijuana saisie mais déclarée non admissible en preuve — Personne arrêtée en même temps que l'accusé plaidant coupable lors d'un procès antérieur et déposant pour le compte du ministère public au procès de l'accusé — La déposition de ce témoin a-t-elle été obtenue dans des conditions qui violent la Charte? — Dans l'affirmative, son utilisation est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Existe-t-il un lien temporel entre la déposition du témoin et la violation de la Charte, et tout lien causal qui peut exister avec la violation de la Charte est-il trop éloigné? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. GOLDHART, 463.

7. Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson à des fins non commerciales — Poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens — Règlement interdisant la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis — Poisson vendu à des non-autochtones et dépôt d'accusations — Définition de «droits ancestraux existants» à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — S'agissait-il, dans les circonstances, de l'exercice d'un droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5).

R. C. VAN DER PEET, 507.

8. Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson (saumon) — Entreprise de transformation alimentaire accusée d'avoir vendu du poisson en violation de certaines dispositions réglementaires — Grandes quantités de saumon achetées d'autochtones — Autochtones ayant pris le saumon en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Règlement interdisant la vente ou l'échange du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Existe-t-il un droit ancestral de vendre du saumon? — Le droit ancestral a-t-il été éteint? — Les dispositions réglementaires portent-elles atteinte au droit ancestral? — L'atteinte est-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(5) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).

R. C. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD., 672.

9. Droits ancestraux — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s'il était «intéressé» à s'en procurer — Règlement exigeant un permis particulier pour la récolte et la vente du produit du poisson — Autochtones n'ayant pas le permis requis pour vendre le produit du poisson — Éléments de preuve indiquant que des échanges du produit

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

du poisson avaient lieu sur une grande échelle avant le contact avec les Européens — Existe-t-il un droit ancestral de récolter et de vendre le produit du poisson? — Le droit ancestral est-il éteint? — Le règlement porte-t-il atteinte à un droit ancestral? — Une telle atteinte serait-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche du hareng du Pacifique, DORS/84-324, art. (3).

R. C. GLADSTONE, 723.

10. Droits ancestraux — Autonomie gouvernementale et jeux de hasard à gros enjeux — Prise par les premières nations d'un règlement administratif sur les loteries — Règlement administratif non pris conformément à l'art. 81 de la Loi sur les Indiens — Dépôt d'accusations criminelles reprochant des contraventions à des dispositions concernant les jeux de hasard — Existe-t-il un droit ancestral de s'adonner à des jeux de hasard? — Existe-t-il un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale qui inclut le droit de réglementer les activités de jeux de hasard? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 201(1), 206(1)d, 207 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81.

R. C. PAMAJEWON, 821.

11. Charte des droits — Droit à l'éligibilité aux élections provinciales — Député provincial déclaré coupable d'un acte illicite et expulsé de la législature conformément à la loi électorale provinciale — Loi rendant également quiconque est déclaré coupable d'un acte illicite inhabile à occuper une charge de député pendant une période de cinq ans — Ces inhabilités violent-elles l'art. 3 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 119c).

HARVEY C. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCUREUR GÉNÉRAL), 876.

12. Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Député provincial déclaré coupable d'un acte illicite et expulsé de la législature conformément à la loi électorale provinciale — Loi rendant également quiconque est déclaré coupable d'un acte illicite inhabile à occuper une charge de député pendant une période de cinq ans — Ces inhabilités violent-elles l'art. 12 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 119c).

HARVEY C. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCUREUR GÉNÉRAL), 876.

13. Partage des pouvoirs — Charte des droits — Taxation indirecte — Régime de réglementation concernant des exploitations foncières en vue de financer de nouveaux coûts en immobilisations afférents à des écoles requises par de nouvelles exploitations — Fonds mis dans un compte commun à la disposition des conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées — Les redevances constituent-elles une taxe indirecte? — Les redevances portent-

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

elles atteinte à un droit ou à un privilège relativement aux écoles confessionnelles? — Les dispositions contestées violent-elles le droit à la liberté de religion garanti par l'art. 2a) de la Charte et le droit à l'égalité garanti par l'art. 15(1)? — Si oui, sont-elles sauvegardées par l'article premier? — Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («Loi Scott») art. 14, 20 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(2), (9), (13), (16), 93(1) — Loi sur les redevances d'exploitation, L.R.O. 1990, ch. D.9, art. 30(1), (3), 35 — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 122(1) — Education Development Charges, R.R.O. 1990, Rêg. 268, art. 1, 2, 3, 4, 5.

ONTARIO HOME BUILDERS' ASSOCIATION C. CONSEIL SCOLAIRE DE LA RÉGION DE YORK, 929.

14. Procès — Qualité pour agir — Demande présentée par une association de constructeurs — Constructeurs visés par la loi — Les appelantes avaient-elles qualité pour agir?

ONTARIO HOME BUILDERS' ASSOCIATION C. CONSEIL SCOLAIRE DE LA RÉGION DE YORK, 929.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Agression sexuelle — Erreur commise par le juge du procès en corroborant le témoignage de la plaignante au moyen du contenu de son journal intime non produit en preuve — Cour d'appel ne commettant pas d'erreur en appliquant une disposition réparatrice — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. WRIGHT, 163.

2. Procès — Exposé au jury — Infractions d'ordre sexuel — Accusé inculpé de douze chefs d'accusation concernant six plaignantes — Directives inadéquates du juge du procès — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné.

R. C. RARRU, 165.

3. Procès — Exposé au jury — Directives inadéquates du juge du procès relativement à la complicité comme autre motif de culpabilité de l'accusé — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel relativement au chef d'accusation de vol qualifié — Arrêt de la Cour d'appel confirmé.

R. C. LABONTÉ, 167.

4. Moyens de défense — Intoxication — Exposé au jury — Aucune erreur judiciaire engendrée par l'omission alléguée d'établir un lien entre les effets de l'intoxication et la déduction conforme au bon sens.

R. C. ROYER, 169.

DROIT CRIMINEL—Suite

5. Infractions d'ordre sexuel — Personnes en situation d'autorité — Enseignants — Éléments de l'infraction d'exploitation sexuelle — Sens des expressions «situation d'autorité» et «situation de confiance» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 153(1).

R. C. AUDET, 171.

6. Brefs de prérogative — Habeas corpus — Accusé déclaré coupable de meurtre et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans — Accusé déclaré coupable en vertu d'une disposition ultérieurement déclarée inconstitutionnelle — Le maintien de la détention de l'accusé donne-t-elle droit à l'habeas corpus?

R. C. SARSON, 223.

7. Mens rea — Meurtre — Ivresse — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir tué son épouse à coups de couteau — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans les directives qu'il a données au jury relativement à l'effet de l'ivresse sur l'intention requise pour commettre un meurtre? — Le juge du procès aurait-il dû recourir à un exposé en deux temps qui aurait permis au jury de se demander si le degré d'ivresse était élevé au point d'annihiler la capacité de l'accusé de former l'intention? — Le juge du procès a-t-il omis de donner au jury des directives suffisantes quant à l'effet de l'ivresse sur la capacité de l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes?

R. C. SEYMOUR, 252.

8. Exposé au jury — Légitime défense — Accusé inculpé de voies de fait graves contre son père — Erreurs de droit graves dans l'exposé du juge du procès au jury concernant la légitime défense — La déclaration de culpabilité de l'accusé devrait-elle être maintenue — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. HEBERT, 272.

9. Procédure — Plaidoyer — Plaidoyers de culpabilité de l'accusé résultant de l'influence indue de son avocat — Plaidoyers annulés.

R. C. LAPERRIÈRE, 284.

10. Preuve — Ouï-dire — Jeune enfant ayant dit à sa mère du foyer d'accueil et à un médecin que son père l'avait agressée sexuellement — Enfant incapable de se souvenir de l'épisode au procès — Les déclarations extrajudiciaires de l'enfant étaient-elles admissibles?

R. C. R. (D.), 291.

11. Preuve — Témoin expert — Juge du procès empêchant l'expert de la défense en matière d'enfants victimes d'abus sexuels de témoigner au sujet des conclusions qu'il a tirées sur la fiabilité

DROIT CRIMINEL—Fin

du souvenir que les enfants avaient d'événements précis — Le témoignage de l'expert aurait-il dû être admis?

R. C. R. (D.), 291.

12. Preuve — Contre-interrogatoire — Crédibilité de témoins — Enfants alléguant avoir été victimes d'abus sexuels et physiques de la part des accusés — Thérapeute présente lors des entretiens des enfants avec la police — Défense non autorisée à utiliser les transcriptions des entretiens pour contre-interroger la thérapeute sur les techniques d'entrevue utilisées — Défense cherchant à montrer que les enfants pouvaient avoir été influencés ou manipulés — Le juge du procès a-t-elle commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire? — La crédibilité des enfants est-elle une question accessoire?

R. C. R. (D.), 291.

13. Preuve — Caractère suffisant — Accusés déclarés coupables d'agression sexuelle — Témoignage des enfants contre un accusé semblable à celui qu'ils ont présenté contre un autre accusé — La preuve était-elle trop faible pour justifier une déclaration de culpabilité?

R. C. R. (D.), 291.

14. Procès — Verdicts — Juge du procès déclarant les accusés coupables d'agression sexuelle tout en les déclarant non coupables de grossière indécence — Les conclusions du juge du procès sont-elles incohérentes?

R. C. R. (D.), 291.

15. Procès — Verdicts — Motifs insuffisants — Accusés déclarés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles — Juge du procès n'ayant pas traité d'éléments de preuve troublants et n'ayant pas indiqué sur quoi elle s'est fondée pour déclarer les accusés coupables — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

R. C. R. (D.), 291.

16. Exposé au jury — Exposé du substitut du procureur général au jury excédant les limites fixées par notre Cour — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur ces irrégularités? — L'exposé du juge du procès était-il déficient relativement à la preuve corroborante ou à la preuve d'alibi? — Y a-t-il lieu d'examiner la demande de production de nouveaux éléments de preuve?

R. C. MICHAUD, 458.

17. Procès — Exposé au jury — Identification — Juge du procès donnant au jury des directives appropriées sur le besoin particulier de prudence dans l'examen de la preuve d'identification.

R. C. BARDALES, 461.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Garde et accès — Modification — Changement de résidence — Garde accordée à la mère lors du divorce — Mère désirant déménager en Australie — Demande de modification de la garde par le père — Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en permettant que l'enfant déménage en Australie avec la mère? — Principes régissant une requête en modification de l'ordonnance de garde ou d'accès liée au changement de résidence de l'enfant par le parent gardien — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(5), (9).

GORDON C. GOERTZ, 27.

2. Déplacement ou non-retour illicite d'un enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain — Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père alors que des requêtes de la mère pour faire modifier et respecter ses droits de visite étaient pendantes devant un tribunal américain — Garde intérimaire de l'enfant accordée à la mère par un tribunal américain après le déplacement de l'enfant au Québec — Père déposant au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis en vertu de la loi québécoise sur l'enlèvement international d'enfants — Cette loi s'applique-t-elle aux circonstances de l'affaire? — Notion de garde au sens de la loi québécoise et de la convention internationale sur l'enlèvement d'enfants — Distinction entre droit de garde et droit de visite — Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, art. 2, 3, 4 — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n^o 35, art. 3, 5.

W. (V.) C. S. (D.), 108.

3. Droit de garde — Intérêt de l'enfant — Garde de l'enfant confiée au père et droits de visite accordés à la mère par un tribunal américain — Enfant emmenée des États-Unis au Québec par le père — Garde intérimaire de l'enfant subséquentement accordée à la mère par un tribunal américain — Père déposant au Québec une requête pour la garde de l'enfant — Demande reconventionnelle présentée par la mère pour le retour de l'enfant aux États-Unis — La Cour supérieure avait-elle compétence pour se prononcer sur la garde de l'enfant en se fondant sur le droit civil québécois et pour ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis? — Code civil du Bas Canada, art. 30 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46.

W. (V.) C. S. (D.), 108.

4. Prestation compensatoire — Séparation — Épouse exécutant des tâches d'administration et de secrétariat pour l'entreprise du mari tout en s'occupant des enfants — Deux propriétés achetées par le mari et enregistrées au nom de l'épouse — Principes dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une prestation compensatoire à l'épouse ou au mari — Méthode qu'il faut adopter pour examiner les faits — L'intervention de la Cour

DROIT DE LA FAMILLE—Fin

d'appel dans la décision du juge de première instance était-elle justifiée?

P. (S.) c. R. (M.), 842.

DROIT DU TRAVAIL

1. Conventions collectives — Lois sur les droits de la personne — Discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne?

NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES C. TERRE-NEUVE (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE), 3.

2. Injonction — Conflit concernant un nouvel horaire de travail entre un employeur et des employés assujettis à la législation fédérale — Demande d'injonction par le syndicat à la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de faire surseoir à l'application du nouvel horaire de travail jusqu'au règlement du conflit par un arbitre — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour décerner l'injonction provisoire? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

FRATERNITÉ DES PRÉPOSÉS À L'ENTRETIEN DES VOIES — FÉDÉRATION DU RÉSEAU CANADIEN PACIFIQUE C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE, 495.

IMPÔT SUR LE REVENU

Perte autre qu'en capital — Vente par la société d'un actif engagé acquis d'une filiale — Le bien conservait-il sa nature de stock?

R. C. MARA PROPERTIES LTD., 161.

INJONCTION

Injonction provisoire — Tiers — Injonction provisoire accordée à la société contre des manifestants nuisant à ses activités d'exploitation forestière — Les tribunaux ont-ils compétence pour rendre des ordonnances opposables aux tiers? — Dans l'affirmative, ces ordonnances peuvent-elles être rendues contre des personnes désignées seulement comme «John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues»? — Convient-il d'inclure dans ces ordonnances des dispositions autorisant la police à arrêter et détenir des personnes étrangères au litige?

MACMILLAN BLOEDEL LTD. C. SIMPSON, 1048.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Discrimination — Exigence professionnelle normale — Convention collective plus stricte que la loi en ce qui concerne la discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne? — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, ch. 62, art. 10(1).

NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES C. TERRE-NEUVE (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE), 3.

2. Harcèlement interdit — Réparation — Dommages compensatoires et exemplaires — Employée victime de harcèlement sexuel et de harcèlement au travail indemnisée en vertu de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — L'employée peut-elle exercer en plus contre ses employeurs un recours en responsabilité civile fondé sur la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51, 52.

BÉLIVEAU ST-JACQUES C. FÉDÉRATION DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS DE SERVICES PUBLICS INC., 345.

PREUVE

1. Témoins — Réinterrogatoire — Toute erreur pouvant découler du réinterrogatoire n'a pas engendré d'erreur judiciaire.

R. C. ROYER, 169.

2. Admissibilité — Poème et rêve semblables aux faits — Le poème et la preuve du rêve sont-ils admissibles?

R. C. TERRY, 207.

RELATIONS DE TRAVAIL

Conseil canadien des relations du travail — Compétence — Accréditation — Le Conseil avait-il compétence pour conclure que l'unité de négociation proposée par le syndicat n'était pas habile à négocier collectivement? — Dans l'affirmative, sa décision était-elle manifestement déraisonnable?

SYNDICAT INTERNATIONAL DES DÉBARDEURS ET MAGASINIERS, SHIP AND DOCK FOREMEN, SECTION LOCALE 514 C. PRINCE RUPERT GRAIN LTD., 432.

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Négligence — Perte économique — Perte de la capacité de gagner un revenu — Personne physique demanderesse blessée

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

dans un accident d'automobile — Dommages-intérêts accordés à la personne physique demanderesse pour perte de la capacité de gagner un revenu et à la personne morale demanderesse pour la perte purement économique subie — Les faits en cause permettaient-ils à la personne morale demanderesse de recevoir des dommages-intérêts pour sa perte purement économique? — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de réduire le montant que le juge de première instance a accordé en indemnisation de la perte de la capacité de gagner un revenu?

D'AMATO C. BADGER, 1071.

TRIBUNAUX

Compétence — Injonction — Conflit concernant un nouvel horaire de travail entre un employeur et des employés assujettis à

TRIBUNAUX—Fin

la législation fédérale — Demande d'injonction par le syndicat à la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de faire surseoir à l'application du nouvel horaire de travail jusqu'au règlement du conflit par un arbitre — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour décerner l'injonction provisoire? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.

FRATERNITÉ DES PRÉPOSÉS À L'ENTRETIEN DES VOIES —
FÉDÉRATION DU RÉSEAU CANADIEN PACIFIQUE C. CANADIEN
PACIFIQUE LTÉE, 495.



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